Concursordnung

Die Konkursordnung

für

das Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetz

und

dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.

Erläutert

von

Dr. Otto Frhrn. v. Völderndorff,

Kgl. Ministerialrath.

Separatabdruck aus der „Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen".

Erster Band.

Erste Hälfte.

Zweite, vermehrte und vielfach umgearbeitete Auflage.

Erlangen.

Verlag von Palm & Enke (Carl Enke).

1884.

trotz Größe der Auflage vergriffen, — welcher Umstand wie auch die vielen günstigen Rezensionen der ersten Auflage, deren eine wir nachstehend hervorheben, wohl hinlänglich für die Gediegenheit dieses Werkes sprechen. Die zweite Auflage ist vollständig umgearbeitet und hat eine Reihe der werthvollsten Zusätze und Verbesserungen in höchst anziehender Einkleidung erfahren. Dieselbe wird ohne Zweifel zur Einheitlichkeit der Rechtsprechung noch wesentlicher als die erste Auflage beitragen.

Jene Rezension der ersten Auflage in der „Zeitschrift für Gesetzgebung u. Praxis aus dem Gebiete des Deutschen öffentl. Rechts" V. 3. lautet:

„In dem krit. Literaturblatt von Carl Heymann ist jüngst der Satz aufgestellt worden, „daß die Rezensionen fast sämmtlich erschienener Kommentare den Eindruck hervorrufen, als dienten sie in erster Linie der buchhändlerischen Reklame". Mag auch diese Behauptung mit Rücksicht auf den Gehalt der Kommentare eine bittere Wahrheit bergen, so muß doch zur Ehre der Kritik und unserer exegetischen Literatur gesagt werden, daß letztere auch Werke besitzt, **welche in der That vollkommen auf der Höhe der gestellten Aufgabe stehen. Diesen Eindruck wird man auch bei näherer Durchsicht der v. Völderndorff'schen Arbeit über die Reichs-Konkursoronung gewinnen.** Dieselbe ist groß angelegt; sie umfaßt 2 Bände mit etwa 1300 Seiten, von denen der erste nach einer sachlichen Einleitung das Konkurs-Recht bespricht, während der zweite die Erörterung des Verfahrens, der Strafbestimmungen und das Einf.-Gesetz zum Gegenstand hat. **Trotz des großen Umfangs ist jede Gesetzespolemik, jede unnöthige theoretische Ausführung, jeder weitläufige Abdruck aus den Motiven und Kommissionsverhandlungen vermieden; der Verf. hält sich streng an seine Aufgabe: Die Erläuterung des Gesetzestextes, welche ihm trotz der im Gesetze selbst liegenden mehrfachen Schwierigkeiten in vortrefflicher Art gelungen ist. Die Stärke des Werkes beruht auf dessen Ausführlichkeit, auf der streng wissenschaftlichen Methode, auf der ausnehmend klaren Darstellung und auf der für den praktischen Gebrauch so werthvollen Kasuistik. Sicherlich schwer wiegende Vorzüge!** — Es ist nicht die Aufgabe einer bloßen Anzeige, sich in Einzelheiten zu ergehen, aber das müssen wir doch hervorheben, daß die Lehre vom Aussonderungsrecht der Ehefrau des Gemeinschuldners (§. 37 Bd. I S. 399—400) eine vorzügliche Bearbeitung gefunden, und daß die Erläuterungen zu den Titeln 5—8, welche Titel die Rechtsverhältnisse jener Personen bestimmen, die an das Vermögen des Gemeinschuldners Ansprüche zu erheben haben (§§ 39—63 S. 418—593), selbst bochgesteigerten Anforderungen durchweg entsprechen. **Alle Parthien bekunden selbstständige Durchbildung des Rechtsstoffes, gediegene Kenntnisse, logisches Urtheil. Mit juristischem Scharfsinn und feiner Kombinationsgabe ausgerüstet, hat Verfasser die Gesetzesbestimmungen in ihre äußersten Konsequenzen ausgesponnen und eine erstaunliche Menge von Streitpunkte berührt.** Bei Lösung derselben wurde der Sinn des Gesetzes, dessen Motive und Vorverhandlungen, die beutige Doktrin gewissenhaft zu Rath gezogen, auch den Anschauungen anderer Ausleger Rechnung getragen. Die Entscheidungen wird man als durchdacht anerkennen müssen, wenn man ihnen auch nicht immer beistimmt. **Der frische Hnmor, welcher bisweilen namentlich aus den Noten herausklingt, thut der Würde der Sache keinerlei Abbruch, würzt vielmehr das trockene Studium.**"

Frhr. v. Völderndorff hat sich durch Erläuterung einiger Partikulargesetze und durch seine mit Prof. Anschütz herausgegebenen Kommentar zum Handelsgesetzbuche in der juristischen Literatur bereits einen geachteten Namen erworben, das vorliegende Werk wird diesen noch mehr befestigen. v. Eisenhart.

Die zweite Auflage wird auch eine Erweiterung des behandelten Stoffes insoferne erfahren, als das inzwischen erlassene Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 wegen seines engen Zusammenhanges mit der Materie gleichfalls kommentirt werden wird. — Die zweite Hälfte des I. Bandes wird noch im Laufe dieses Sommers, das Uebrige in raschester Folge erscheinen.

Die

Konkursordnung

für

das Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetz

und

dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.

Erläutert

von

Dr. Otto Frhrn. v. Völderndorff,

Kgl. Ministerialrath.

Separatabdruck aus der „Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen".

Erster Band.

Zweite, vermehrte und vielfach umgearbeitete Auflage.

Erlangen.

Verlag von Palm & Enke (Carl Enke).

1884.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Inhaltsverzeichniß.

Konkursordnung.

Vom 10. Februar 1877.

Konkursrecht.

Einleitung.

§. 1.

Jeder rechtlich Verpflichtete haftet für die Erfüllung der von ihm übernommenen Verpflichtungen mit seinem gesammten Vermögen und mit seiner Person.

Die Haftung mit der „Person" ist in doppelter Richtung denkbar, einmal insoweit eine persönliche Thätigkeit Inhalt der übernommenen Verpflichtung ist, und sodann insoweit die Person des Schuldners als solche wegen Nichterfüllung der an sich vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten in Anspruch genommen wird. Nach keiner dieser beiden Richtungen haben wir uns im Folgenden mit der persönlichen Haftung des Verpflichteten zu beschäftigen.

Was nemlich die Deckung vermögensrechtlicher Ansprüche mit der Person des Verpflichteten betrifft, so kann diese hiezu in doppelter Weise herangezogen werden. Einestheils indem der Gläubiger die Person selbst in Vermögen zu verwandeln sucht oder anderseits indem er durch Zwang gegen die Person vermögensrechtliche Vortheile zu erzielen trachtet. Die erste Form, sein Recht als Gläubiger geltend zu machen, ist längst veraltet; ein Beispiel bietet für die früheste Periode des römischen Rechtes die addictio, wodurch die Gläubiger den Ueberschuldeten als Sklaven verkaufen und den Erlös für sich nehmen konnten [1]), und Aehnliches findet im Deutschen Rechte sich gleichfalls, jedoch nur in ältester Zeit [2]). Allein auch die zweite Art, wie sich der Gläubiger an die Person seines Schuldners halten kann, die Schuldhaft im engeren Sinne, ist der modernen Rechtsanschauung nicht

1) Nach den XII Tafeln soll man angeblich den Schuldner realiter in Stücke geschnitten haben. A. Gellius (XX. 1) überlieferte die Vorschrift: partes secanto. Vgl. Niebuhr, Röm. Gesch. und Puchta, Institutionen Bd. II S. 212 ff.

2) Vgl. Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer S. 615.

genehm und für Deutschland wurde dieselbe durch das Gesetz vom 29. Mai 1868, betreffend die Aufhebung der Schuldhaft (BGBl. S. 237)[3]), als vermögensrechtliches Exekutivmittel beseitigt.

Insoweit aber die Person individuell, ihre so zu sagen menschliche Thätigkeit beim Inhalte der Verpflichtung in Funktion tritt, wird dieselbe von der Konkursordnung überhaupt nicht erfaßt. Diese hat nur mit Schulden und mit Schuldnern zu thun. Nur soweit die Verpflichtung auf Geld gerichtet ist, eignet sie sich zur Behandlung in einem Konkursverfahren. Wenn Jemand zwei Frauen heirathet, also zwei Verpflichtungen übernommen hat, von denen er nur eine erfüllen kann, so kommt er vielleicht in's Zuchthaus aber nicht in die Gant. Und wenn ein Maler sein auf der Staffelei befindliches Bild jedem der drei Kunstliebhaber, die sein Atelier besuchen, verspricht, oder wenn ein Hausherr dieselbe Wohnung gleichzeitig an vier Personen vermiethet, so mag dies „gemein" sein, aber „Gemeinschuldner" wird weder der Maler noch der Hausherr, denn vorerst, und so lange nicht seine Verpflichtung, soweit sie unerfüllbar ist, in eine Entschädigungsforderung umgesetzt wird, ist er überhaupt nicht „Schuldner". Die nicht vermögensrechtlichen Privatverhältnisse eines Verpflichteten, dann seine persönlichen Obliegenheiten, und endlich die schwebenden Haftungen fallen somit von vorneherein nicht in den Kreis jener Verbindlichkeiten, deren Regelung bei Zahlungsunvermögen die Konkursordnung bezweckt. Erst dann und nur dann, wenn die Verpflichtung zur Schuld geworden ist, tritt sie in das Bereich unseres Gesetzes[4]).

Der oben an die Spitze gestellte Satz modifizirt sich daher dahin: daß für Bezahlung der Schulden die Gesammtheit des schuldnerischen Vermögens zu haften hat. Wenn nun aber die Summe des zur Bezahlung der Schulden Nothwendigen größer ist als die Summe des zur Bezahlung dieser Schulden Verfügbaren, so ist der Schuldner nicht blos schuldig, sondern er ist überschuldet. Allerdings nicht dem strengen Wortlaute nach. Denn eigentlich „überschuldet" ist nur derjenige, dessen Gesammt-Haben effektiv

---

3) In Bayern gültig vermöge Gesetzes v. 22. April 1871. Vgl. Bezold, in der „Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen" Th. I Bd. 1 S. 45.

4) Hierüber bemerkt Fitting treffend in der Einleitung zu seinem Konkursrechte: „Da es bei entwickelten wirthschaftlichen Verhältnissen in der Regel leicht ist, Güter jeder Art einerseits mittels Geld zu erwerben, anderseits in Geld umzusetzen, so muß auf höherer Stufe wirthschaftlicher Entwicklung der allgemeinen Anschauung als die weitaus wichtigste Seite aller Vermögensstücke ohne Rücksicht auf ihre sonstigen Verschiedenheiten naturgemäß ihre gemeinsame Eigenschaft als Träger von Geldwerth erscheinen."

kleiner ist als sein Gesammt-Soll. Allein nachdem sich jede Schuld ihrem Begriffe nach als etwas darstellt, das gezahlt werden muß, so wird mit Recht derjenige, der nicht zahlen kann, für überschuldet geachtet, ohne daß man nach dem Grunde fragt, weshalb er seinen Gläubigern nicht gerecht werden kann. So lange der Schuldner zahlt — sagen die Motive[5]) — gleichviel ob aus eigenen Mitteln oder auf Grund seines Kredites, wird kein Gläubiger beeinträchtigt und kann der Konkursanspruch nicht entstehen. Sobald der Schuldner nicht mehr zahlen kann, werden die Gläubiger verletzt und der Konkursanspruch entsteht, auch dann wenn der Schuldner materiell völlig suffizient sein sollte".

Wenn nun aber die verfügbaren schuldnerischen Mittel unzureichend sind zur Zahlung der andringenden Gläubiger, so bieten sich zwei Wege. Das strictum jus, das Recht an und für sich und auf sich selbst gestellt, würde erfordern, daß jeder Gläubiger für sich selbst sorgt, daß er für sich seine Befriedigung anstrebt, und daß er sie erhält, so lange bei dem Schuldner sich Etwas findet, so daß schlüßlich diejenigen Forderungsberechtigten, welche Nichts mehr vorfinden, leer ausgehen. Dieser Weg entspricht aber nicht dem aequum jus, der Billigkeit und dem Rechte, so wie es sich im Verkehrsleben gebildet hat, ja er erscheint auch nicht als logisch richtig. Denn nachdem als Gesammtobjekt aller Verpflichtungen des Schuldners die Gesammtheit des schuldnerischen Vermögens angenommen werden muß, stellt sich jede einzelne Forderung eines Gläubigers nur als ein Antheil an der Gesammtforderung aller Gläubiger dar und deshalb muß auch jeder einzelnen Forderung Anspruch auf das Gesammtobjekt der Forderungen, das heißt ein Antheil an dem Gesammtobjekte zustehen.

Die Thatsache nun, daß bei vorhandener Zahlungsunfähigkeit nicht eine der Zeit nach aufeinanderfolgende Befriedigung der einzelnen Gläubiger geduldet wird, sondern die einzelnen Forderungen gleichsam in eine Gesammtforderung auf das Gesammtvermögen zusammenlaufen, nennt man den Gläubigerkonkurs, concursus creditorum.

Unter „Konkurs" versteht man daher denjenigen Zustand eines Schuldners, in welchem derselbe die von verschiedenen Seiten an ihn gestellten Geldansprüche nicht zu befriedigen vermag — sei es weil er überhaupt zu wenig Vermögen, sei es daß er momentan keine paraten Mittel hat[6]) —

5) Vgl. die Erläuterungen zu §. 94.

6) Anders nach Gemeinem Rechte (vgl. z. B. Linde §. 426), nach welchem Konkursmäßigkeit nur dann, aber auch dann immer als vorhanden angenommen wurde, wenn das Vermögen des Schuldners nicht so groß war als seine Schulden. Momentane Zahlungsunfähigkeit, wenn das Ver-

und wegen dessen daher sein Vermögen verhältnißmäßig unter richterlicher Mitwirkung unter die einzelnen Gläubiger vertheilt wird. In diesem Sinne sagt man: der Titius ist in Konkurs, der Gajus hat sich in Konkurs erklärt und Aehnliches.

Dann aber überträgt man das Wort auch auf dasjenige, was in Folge des überschuldeten Zustandes geschieht, auf das weitere Schicksal des unzureichenden Vermögens und des Zahlungsunfähigen selbst. In diesem Sinne spricht man von einem processus concursus, processus conturbationis, von „Crida", von „Gant", von Bankerott [7]), und sagt: bei dem Titius ist der Konkurs ausgebrochen, über den Gajus hat man den Konkurs verhängt und Aehnliches.

Aus der obigen Definition von „Konkurs" ergeben sich sofort zwei Beschränkungen. Auch dann, wenn mehrere Gläubiger im Civilprozesse ein und dasselbe Objekt im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch nehmen, ist eine „Konkurrenz" von Gläubigern vorhanden und wenn der Werth des angegriffenen Objektes zu Deckung sämmtlicher Gläubiger nicht ausreicht, so steigert sich diese Konkurrenz zur „Kollision" ihrer Ansprüche. Allein ein „Konkurs" im technischen Sinne ist, ohne eine allgemeine Zahlungsunfähigkeit des Beklagten, deshalb noch nicht gegeben. Für die beiden obigen Fälle enthält die Civilprozeßordnung die nöthigen Vorschriften [8]).

---

mögen effektiv vorhanden war, führte nicht zum Konkurs, Benützung fremden Kredites, wenn das eigene Vermögen geringer war als die Schuldensumme war sogar strafbar.

7) Das Wort crida stammt nach Du Fresne (glossarium mediae et infimae latinitatis) von cridare (italienisch gridare, französisch crier), weil der Verschuldete ehedem öffentlich „ausgeschrieen" wurde, oder weil dessen Gläubiger öffentlich „aufgerufen" zu werden pflegten. Banco rotto (Bankbruch) sagt man, weil ehedem dem zahlungsunfähigen Wechsler seine Wechslerbank amtlich zerbrochen und sein Geschäft damit gesperrt wurde. Was den eigentlich deutschen Ausdruck: „Gant, Vergantung" betrifft, so bedeutete dieses Wort ursprünglich jeden öffentlichen Verkauf, später einen solchen, der auf Befehl und mit Genehmigung der Obrigkeit vorgenommen wird, um mit dem Erlöse der verkauften Sache die Forderung eines Anderen zu tilgen. (Wachter im Glossar. German. s. v. Gant) Insbesondere ward der Verkauf eines Immobile so bezeichnet. „Das Haus ist auf der Ewiggeldgant" sagte man, wenn es zur Befriedigung rückständiger Ewiggilten versteigert wurde. Erst in der neueren Zeit gewann „Vergantung" dieselbe Bedeutung wie „Konkursverfahren".

8) Vgl. Meves, Konkursordnung S. 1.

§. 2.

Man unterscheidet mehrfache Arten des Konkurses; allein keine der in der Theorie getroffenen Unterscheidungen hat einen praktischen Werth und eine reale Basis.

Am verbreitetsten und gebräuchlichsten war ehedem die Eintheilung des Konkurses in einen imminenten, einen materiellen und einen formellen Konkurs; dieselbe stammte von Schaumburg, welcher sie in seinem zu Jena 1744 erschienenen Buche: Principia praxeos juridicae judiciariae ausführlich begründete und hat sich bis zu Anfang dieses Jahrhunderts erhalten [1]), wo sie von Gönner (Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses, Erlangen 1805) bekämpft wurde und seitdem aufgegeben ist.

Man ging hiebei von der Ansicht aus, daß in der allmäligen Entwicklung eines jeden Schuldenwesens von dem Momente der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit an bis zur vollständigen Ausschüttung der Masse mehrere aufeinander folgende Zustände unterschieden werden können:

A. Der Schuldner hat bereits mehr Verpflichtungen auf sich genommen, als er erfüllen kann, er ist effektiv schon insolvent, allein äußerlich läßt sich dieß noch nicht erkennen; gleichviel ob der Schuldner seinen Zustand kennt oder nicht, die Gläubiger davon wissen oder nicht, jedenfalls hat das Gericht noch keine Notiz von der Ueberschuldung genommen. Diese Periode wird nun imminenter Konkurs genannt und rechtliche Folgen an den Eintritt derselben geknüpft [2]).

B. Es haben sich bereits so viele Gläubiger bei Gericht gemeldet, daß eine Ueberschuldung zu vermuthen steht, und es ist zur Feststellung dieser Vermuthung eine amtliche Thätigkeit eingetreten. Dieser Zustand heißt der materielle Konkurs.

C. Die Ueberschuldung wird amtlich proclamirt: formeller Konkurs.

Mit Recht bemerkt v. Bayer a. a. O., daß bei jeder Ueberschuldung sich diese drei Abschnitte wohl unterscheiden lassen, daß es aber irrig war, darin verschiedene Arten von Konkurs zu sehen oder bestimmte rechtliche Wirkungen an jeden einzelnen Zeitabschnitt zu knüpfen, was um so nachtheiliger wirkte, als über die Anfangs- und Endpunkte derselben selbst wieder Streit bestund.

---

1) Selbst Bücher sind, wie von Bayer a. a. O. Note 1 §. 20 bemerkt, darüber geschrieben worden, z. B. Gmelin, vom materiellen Konkurse der Gläubiger, Erlangen 1775; v. Almendingen, über den materiellen und formellen Konkurs; Gießen, 1777.

2) Vgl. Bayer S. 54.

Bereits die neuere Theorie [3]) hatte deshalb die Eintheilung verlassen und auch die Deutsche Konkursordnung kennt sie nicht.

Eine zweite Eintheilung des Konkurses ist diejenige in Universal- und in Partikular-Konkurs. In der Regel (sagt v. Bayer §. 21) wird das gesammte Vermögen des Schuldners als eine gesammte Masse behandelt, welche zur Befriedigung der sämmtlichen Gläubiger bestimmt ist. Ausnahmsweise jedoch ist es in gewissen Fällen einzelnen Gläubigern erlaubt, zu verlangen, daß ein Theil der Güter von dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden und lediglich zur Befriedigung ihrer eigenen Ansprüche verwendet werde. Insoferne nun von diesem Rechte wirklicher Gebrauch gemacht wird und die ausgeschiedenen Güter zur vollständigen Befriedigung der darauf Anspruch habenden Gläubiger nicht hinreichen, kann es unter ihnen selbst zu einem förmlichen Konkursverfahren kommen, welches man Partikularkonkurs zu nennen pflegt, im Gegensatze zu dem Universalkonkurse, in welchem das gesammte Vermögen ohne Ausscheidung die gemeinschaftliche Befriedigungsquelle für alle Gläubiger bildet [4]).

Diese Unterscheidung wurde veranlaßt durch eine Stelle in den Digesten (42, 6 de separat.), nach welcher, im Falle Jemand eine mit Schulden belastete Erbschaft antritt, die Legatarien und die Gläubiger des Verstorbenen verlangen können, daß die Erbschaftsmasse nicht mit dem eigenen Vermögen des Erben vermischt werden und dessen sonstigen Gläubigern zur Mitbefriedigung dienen solle, sondern daß daraus ihre Ansprüche allein zur Deckung kommen.

Aus einer anderen Stelle der Pandekten [5]) wurde dann, im Falle ein Kaufmann verschiedene getrennte Handels-Etablissements betreibt, die Zulässigkeit eines Partikularkonkurses über jedes einzelne derselben gefolgert und ebenso gestattete man den Lehensgläubigern einen Partikularkonkurs, dessen Masse das Lehen und seine Einkünfte bilden sollten.

---

3) Vgl. Gönner, Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses Bd. IV Abh. 82 §. 16, welchem Martin, Lehrb. §. 321, Schweppe §. 27, Linde §. 430 und Andere, insbesondere, wie oben erwähnt, v. Bayer § 20 folgen.

4) Eine andere Definition des Partikularkonkurses (vgl. Fuchs, das Concursverfahren S. 2 Note 2) versteht unter Partikularkonkurs lediglich den Streit zwischen mehreren Mitgläubigern wegen vorzugsweiser Befriedigung in dem von einem derselben gegen den Schuldner geführten Prozesse und gründet sich auf eine Abhandlung von Salgado de Somoza (1646).

5) L. 5 §. 15 D. de tribut act. (14, 4). Diese Stelle spricht von einem die Handlung betreibenden Sklaven und wurde von den Italienischen Juristen des Mittelalters benützt, um das im Texte erwähnte sehr praktische Separationsrecht zu motiviren.

Die **Veranlassungen** zum sogenannten Partikularkonkurs sind nun allerdings von erheblicher rechtlicher Bedeutung; die Frage, welche Gegenstände zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger herbeigezogen werden müssen und welche Theile des Vermögens von einzelnen aus der Gläubigerschaft für ihre Forderungen reservirt und besonders in Anspruch genommen werden können, ist von prinzipieller Wichtigkeit. Allein wenn die Entscheidung dieser Frage einmal feststeht, dann unterscheidet sich das Verhältniß mehrerer Gläubiger in Bezug auf den etwa unzulänglichen gesonderten Vermögenstheil in keiner Weise von dem allgemeinen Fall der Gläubigerkonkurrenz; die Benennung des letzteren als Universalkonkurs und des ersteren als Partikularkonkurs ist also zwar unschädlich, aber praktisch völlig werthlos.

Mit Recht hat daher die Deutsche Konkursordnung von dieser Unterscheidung Umgang genommen [6]).

§. 3.

Der Konkurs setzt seinem Begriffe nach voraus:

1) **einen Schuldner;**

2) **mehrere Gläubiger;**

3) **unzureichendes Vermögen,** und zwar nach den Prinzipien der Deutschen KO. zu geringe oder momentan nicht genügende Zahlungsmittel.

ad 1. Der Schuldner kann eine physische Person sein, und zwar eine noch lebende oder ein Verstorbener; aber auch juristische Personen und insbesondere auch Gesellschaften unterliegen dem Konkurs [1]). Dagegen heißt der Fall, daß ein Gläubiger seine Forderung bei **mehreren** Schuldnern nach Verhältniß einzutreiben hat (concursus debitorum), technisch nicht „Konkurs".

ad 2. Allerdings kann eine Ueberschuldung auch beim Vorhandensein nur eines einzigen Gläubigers dazu führen, daß dem Schuldner sein ganzes

---

6) Näheres über die Separationsrechte siehe unten bei Buch I Tit. 1 und ferner Buch II Titel 8.

1) Vereine, welche kein Rechtssubjekt sind, z. B. gesellige Vereine u. s. w. können als solche nicht in Konkurs gerathen. (Vgl. Meves S. 4.) Dagegen kommt es vor, daß ein Staat überschuldet ist, und es ließe sich denken, daß ein solcher den Gläubigern sein Gesammt-Vermögen, den Inbegriff alles Staatseigenthumes zur verhältnißmäßigen Befriedigung überlassen wollte. Allein es wird diese letzte Modalität sich kaum einmal wirklich ereignen; jedenfalls würden in solchem Falle die sonst üblichen prozessualen Vorschriften nicht mehr maßgebend sein. Es darf also immerhin, wenn auch in neuerer Zeit der Satz des Römischen Rechtes nicht mehr ganz wahr ist: fiscus semper est solvendo, behauptet werden: der Fiskus geräth nicht in Konkurs; vgl. Schweppe §. 24.

Vermögen entzogen wird, und dennoch der Gläubiger seine volle Befriedigung nicht erhält; allein ein **Konkurs** ist dann nicht vorhanden [2]); dieser erfordert mindestens zwei Gläubiger. Ob die Gläubiger in einer rechtlichen Verbindung unter sich stehen, ist nicht von Einfluß; auch eine Streitgenossenschaft allein kann einen Konkurs begründen [3]).

ad 3. Wenn die Forderungen, welche den mehreren Gläubigern zustehen, nicht auf das Vermögen sich richten, so treten sie, wie schon erwähnt, zwar möglicherweise in Konflikt aber materiell nicht in Konkurrenz. Z. B. A ist verpflichtet, dem B 1000 Mark zu bezahlen und dem C ein Bild zu malen; er besitzt aber nur 500 Mark; hier konkurriren beide Verpflichtungen vorerst nicht, da jedes Forderungsobjekt für sich besteht, und wenn auch die Forderung des B wegen Unzureichendheit des schuldnerischen Vermögens reduzirt werden muß, doch diese Reduktion nicht in ein Verhältniß zu der Forderung des C tritt. Erst wenn sich der Anspruch des C auf die persönliche Leistung des Schuldners in das Interesse verwandelt, entsteht die Nothwendigkeit einer verhältnißmäßigen Reduktion beider Geldforderungen. Man pflegt deshalb auch als eine Voraussetzung des Konkurses zu fordern, daß die mehreren Forderungen in einer Kollision zu einander stehen [4]), so daß die vollständige Befriedigung des einen Gläubigers ohne Nachtheil für die übrigen nicht möglich ist. Allein diese Voraussetzung liegt schon in der oben als drittes Begriffsmoment genannten „Unzureichendheit des Vermögens", denn soferne das „Vermögen" im weiteren Sinne genügt, um die mehreren Gläubigern geschuldeten Leistungen zu decken, entsteht eben keine Kollision, und ist eine Kollision vorhanden, ohne daß das Vermögen als unzureichend sich darstellt, z. B. wenn A dem B und dem C gleichmäßig und gleichzeitig dieselbe persönliche Leistung versprochen hätte, so ist an sich kein „Konkurs" gegeben; vielmehr verwandele sich die eine oder beide Forderungen auf das facere, auf die persönliche Leistung, in solche auf Prästation des Interesse, und reicht hiezu das Vermögen aus, so entsteht eben kein Konkurs im technischen Sinne [5]). Ebenso nicht, wenn die Kollision zwischen Gläubigern

---

2) Bayer §. 1 Note 4.

3) Man verlangt in diesem Falle (z. B. Linde §. 426 Note 4; Bayer §. 1 Note 4) noch zwei weitere Voraussetzungen, nämlich daß die Forderung der Streitgenossen theilbar und daß ein Prioritätsverfahren dabei erforderlich ist. Letztere Voraussetzung ist kaum haltbar, denn auch gleichberechtigte Ansprüche erfordern eine Reduktion im Verhältnisse zum Befriedigungsobjekte, sobald dieses unzureichend erscheint, und es begründet sich hiedurch eben schon der Konkurs.

4) Linde §. 426; Bayer §. 1.

5) Vgl. Gensler im Archiv für civilistische Praxis Bd. II S. 345.

besteht, welche vermöge der Qualität ihrer Forderungen oder aus anderen Gründen nicht verpflichtet sind, sich mit anderen Gläubigern in ein gemeinsames Verfahren einzulassen.

§. 4.

Aus der Definition des Konkurses, wie sie oben gegeben wurde, geht hervor, daß zweierlei für denselben rechtlich geordnet werden muß: 1) die Vertheilung des unzulänglichen Vermögens unter die Gläubiger und zwar 2) die verhältnißmäßige Vertheilung.

Naturgemäß [1]) zerfällt daher eine jede Konkursordnung in zwei Abtheilungen, [2]) von denen die eine das sogenannte materielle Konkursrecht, die andere das formelle Konkursverfahren zu normiren hat [3]).

Die Aufgabe der ersten dieser Abtheilungen ist es, die Einwirkungen der Eröffnung des Konkursverfahrens auf die davon betroffenen Rechtsverhältnisse festzustellen, insbesondere also die Fragen zu erörtern, welche Rechte erwerben die mehreren Gläubigern auf das unzulängliche Vermögen, wie äußern sich diese Rechte auf die von dem Gemeinschuldner vor oder nach der Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Rechtshandlungen, wie weit und in welcher Ordnung können die einzelnen Gläubiger aus dem Vermögen Befriedigung verlangen, in welches Verhältniß treten durch die Eröffnung des Konkurses die Gläubiger zum gemeinsamen Schuldner und zu dritten Personen.

Der zweite Theil umfaßt folgende Momente[4]):

a) die Bildung und Feststellung der Konkursmasse, die Anordnung der Verwaltung derselben während des Verfahrens, die Sicherung ihrer Bestandtheile;

b) die Ausmittelung der vorhandenen Ansprüche und Forderungen, die Liquidation derselben hinsichtlich ihres Grundes und Betrages, die Prüfung der dagegen vorgebrachten Einwendungen, und die Erhebung des Beweises für dieselben; diese Thätigkeiten werden mit dem Gesammtnamen: Liquidationsverfahren bezeichnet;

---

1) Motive z. II. Entw. S. 12.

2) Daß aber die Vereinigung dieser beiden Abtheilungen zu einem gemeinsamen Ganzen als „Konkursordnung" nicht eine blos äußerliche sondern eine innerlich begründete ist, indem alle sowohl das sogenannte materielle Konkursrecht als auch das Konkursverfahren beherrschenden Rechtssätze nur Konsequenzen des Konkursanspruches sind, wird trefflich von Schultze (S. 11) erörtert.

3) Diese Eintheilung ist auch von der Oesterreichischen, Preußischen, Dänischen und anderen neueren Konkursordnungen festgehalten worden.

4) Vgl. v. Bayer S. 7 ff, welcher übrigens das vierte Moment mit dem ersten zusammenzählt.

c) die Ausmittlung des Rangverhältnisses der einzelnen Gläubiger unter einander, das sogenannte **Prioritätsverfahren**; endlich

d) die Berechnung und Feststellung des auf jede Forderung treffenden verhältnißmäßigen Antheils der Masse und die Befriedigung der Gläubiger, die Ausschüttung der Masse oder das sogenannte **Distributionsverfahren**.

Aus der im Vorstehenden erörterten doppelten Natur desjenigen, was im Falle der Zahlungsunfähigkeit zu regeln ist, ergibt sich, daß man verschiedener Ansicht sein kann darüber, welche Stelle im Rechtssysteme dem Konkurse und insbesondere dem Verfahren in demselben zuzusprechen sei.

Allerdings gehört das letztere im Sinne des §. 2 des Einf.-Gesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz zur „ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit" und eben deshalb findet §. 12 des Gerichtsverfassungsgesetzes auf die Konkursgerichte Anwendung, wie denn nach den Motiven (S. 215) unter den in §§. 24 und 161 genannten „Prozeßordnungen" auch die Konkursordnung verstanden ist. Allein weiter reicht die Analogie nicht.

Die Motive [5]) zur Deutschen Konkursordnung sprechen sich in dieser Richtung folgendermaßen aus:

„Das Gemeine Deutsche Recht zählt den Konkurs zu den Prozeßarten; in dieser Auffassung haben ihn noch die neuesten Deutschen Prozeßordnungen von Hanover (1850), Baden (1864), Württemberg (1868) und Bayern (1869) als einen Theil des Prozeßrechtes aufgenommen, auch in der Preußischen Konkursordnung findet sich eine Anlehnung an diese Auffassung in der Verbindung des Konkurses mit dem Prioritätsverfahren in der Exekutionsinstanz. In der That bringt der Konkurs ein gerichtliches Verfahren mit sich; sein Zweck ist, die verschiedenen Gläubiger wegen ihrer zusammentreffenden Ansprüche aus einem nicht zureichenden Vermögen zu befriedigen, und um diesen Zweck zu erreichen, muß das Vermögen des Schuldners in Beschlag genommen und theilbar gemacht, es müssen die Ansprüche der Gläubiger zur Theilnahme festgestellt werden. Insoferne kann man wohl sagen, daß durch die Eröffnung des Konkurses die Zwangsvollstreckung in ein ganzes Vermögen gesichert werden solle; so charakterisirt namentlich die Preußische Konkursordnung den Konkurs als ein Arrest- und Liquidationsverfahren, welches seinen Ausgang in einem Zwangsvollstreckungsverfahren findet. Wie zutreffend indeß die Analogie des Konkursverfahrens mit einem generellen Exekutionsverfahren in manchen Beziehungen erscheint, so ist es doch bedenklich und einseitig, den Charakter des Konkurses auf diese Analogie zu beschränken. Man läuft Gefahr, das Verfahren prozeßmäßig zu

5) Zum II. Entw. Seite 9.

gestalten, auch wenn Parteien sich nicht gegenüberstehen, richterliche Einwirkung und richterliches Urtheil zu verlangen, obschon ein Rechtsstreit nicht vorliegt, für die Verwerthung der Masse die Formen einer Zwangsvollstreckung obligatorisch zu machen und ebenso die Forderungen zu einer Vollstreckbarkeit zu bringen; man wird dahin geführt, das Verfahren in gesonderte Stadien zu zerlegen, dem Arrestschlage eine einstweilige Verwaltung gegenüberzustellen, welche sich streng scheidet von der definitiven Verwaltung, die erst eintreten kann, nachdem die Forderungen eines mehr oder weniger abgeschlossenen Kreises von Gläubigern gewissermaßen vollstreckbar geworden sind; und Hand in Hand mit der prozessualen Gestaltung überträgt man das materielle Recht von den Voraussetzungen und den Wirkungen einer Zwangsvollstreckung auf das Konkursrecht. Allerdings hat das Konkursrecht denselben Ursprung, wie ein Exekutionsrecht; sie wurzeln beide in dem Rechte der Gläubiger, denen nicht dinglich eine bestimmte Sache, sondern der Schuldner persönlich mit seinem Vermögen verhaftet ist, in dem Rechte dieser Gläubiger, die Befriedigung, welche der Schuldner persönlich nicht leistet, aus allen zu dessen Vermögen gehörigen Sachen mit Hülfe des Richters zu suchen. Dieses Recht genügt zur Begründung einer einzelnen Zwangsvollstreckung. Zur Begründung des Konkurses aber müssen noch andere Voraussetzungen hinzutreten. Der Schuldner muß sich unfähig gezeigt haben, nicht blos den einen, sondern alle persönlichen Gläubiger mit seinem gesammten Vermögen zu befriedigen. Und während andererseits eine Zwangsvollstreckung für den einzelnen Gläubiger einer besonderen Abgrenzung bedarf gegenüber den anderen Gläubigern und einer beschränkteren Wirkung gegenüber dem Schuldner, verleiht das Zusammentreffen aller Gläubiger, ihre gemeinschaftliche Befriedigung aus dem gesammten Vermögen des Schuldners dem Anspruch auf ein Konkuksverfahren allgemeinere Wirkungen gegenüber dem Schuldner, den Gläubigern und dritten Personen. Das Konkursrecht hat seinen eigenen Inhalt, es greift ein in alle Rechtsverhältnisse und bedarf daher einer selbstständigen Normirung. Seine Allgemeinheit prägt dem Verfahren, welches den allgemeinen Anspruch aller konkurrirenden Gläubiger verwirklichen soll, seine eigene Gestalt auf. Das Konkursverfahren als solches ist nicht ein Prozeß, es ist eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des seine Leistungen einstellenden Schuldners mit allen Gläubigern desselben."

In diesem Sinne ist denn auch in dem neuen Gesetze der Konkurs geordnet, ein Umstand, welcher bei der Auslegung der einzelnen Bestimmungen immerhin in das Gewicht fällt, und insbesondere die unbedingte analoge Anwendung prozessualer Grundsätze auf das Konkursverfahren als nicht zulässig erscheinen läßt. Analog erscheint allenfalls das Verfahren

bei Liquidation einer kaufmännischen Firma (wie die Motive a. a. O. bemerken) [6]).

§. 5.

Wenn auch das materielle Konkursrecht der Gegenwart sich noch immer auf das Römische Recht als Basis gründet, so hat doch der eigentliche Konkursprozeß des modernen Rechtes sich fast ausschließlich durch den Gerichtsgebrauch unter dem Einflusse der Partikulargesetzgebungen ausgebildet [1]). Es erscheint deshalb nicht nothwendig, zum Verständnisse des gegenwärtigen Gesetzes in eine historische Darstellung des Römischen, Canonischen und Mittelalterlichen Rechtes einzugehen. Eine solche findet sich für etwaige Vergleichung in

v. Bayer, Theorie des Concursprozesses §. 3 bis 19;

Dr. Carl Fuchs, der Deutsche Concursprozeß, §. 1, 2 und 3.

Vor dem Erscheinen des Reichsgesetzes bestanden nun in Deutschland neben denjenigen Gebieten, in welchen lediglich das Gemeine Recht galt [2]), eine bunte Menge einzelner Konkursgesetze, welche theils nur mehr oder minder vollständige Kodifikationen des Gemeinen Rechtes waren [3]), theils selbstständige Systeme befolgten [4]), wozu noch für die linksrheinischen Gebiets-

6) Anderer Ansicht ist Schultze, welcher im Abschnitte X seiner „Grundlagen" (S. 136 ff.) mit großem Scharfsinne den Satz vertheidigt, daß „das Konkursverfahren Civilprozeß im eigentlichen Sinne ist." Wird der Begriff des Civilprozesses konstruirt, wie jener geistvolle Rechtslehrer es S. 140 Zeile 17 versucht, so läßt sich dieser Satz nicht wohl bestreiten. Allein es wird für die Praxis das Prinzip nicht zu entbehren sein, daß die prozessualen Normen nicht ohne Weiteres auf das Konkursverfahren übertragen werden dürfen, und diesen Grundsatz wird man am Sichersten aus der Negirung der civilprozessualen Qualität des Konkursverfahrens gewinnen.

1) Seine Ausbildung erhielt der Konkursprozeß besonders in den Italienischen Städten; vgl. Fuchs, Concursverfahren (1863) §. 3. Auch die Doktrin desselben wurde im Mittelalter hervorragend von Italienischen Rechtsgelehrten vertreten; Benvenuto Straccha, tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus, anno 1576 erschienen, blieb lange hindurch das klasische Werk in dieser Sparte.

2) Z. B. Württemberg, Kurhessen, Sachsen, Schleswig-Holstein und die Thüringischen Staaten.

3) Z. B. Hannover, Oldenburg und Braunschweig, Nassau Lübeck und Baden.

4) Preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855, und Nachtragsgesetz vom 12. Mai 1869.

Bayerische Prozeßordnung v. 29 Mai 1869 Buch V.

Bremen: Verordnung für Debit- und Nachlaßverfahren v. 24. Mai 1863.

Hamburger Neue Fallitenordnung vom 31. August 1753.

theile der Code de commerce in seinen Bestimmungen über faillites et banqueroutes kam. Eine ausführliche Darstellung aller dieser einzelnen Rechte ist zum Verständnisse der gegenwärtigen Ordnung gleichfalls nicht erforderlich; dieselbe ist übrigens in dem Anlageband zu den Motiven des Entwurfes enthalten, und ist hiebei auch eine erschöpfende Darlegung des Englischen und Amerikanischen Rechtes in dieser Sparte gegeben.

Daß eine solche Mannigfaltigkeit des Konkursrechtes für das Deutsche Rechtsleben erhebliche Uebelstände nach sich ziehen mußte, ist begreiflich. Gerade im Falle einer Ueberschuldung, besonders bei Kaufleuten, pflegt nicht blos die nächste Umgebung in Mitleidenschaft gezogen zu werden; der moderne Verkehr schafft weiter ausgedehnte Rechtsverhältnisse, und fast bei jedem größeren Konkurse werden Forderungen aus allen Gegenden Deutschlands angemeldet. Hier empfindet man dann schmerzlich die Verschiedenheit der partikularen Rechte, Ungleichheit in der Behandlung, Schaden und Nachtheil aller Art sind die nothwendige Folge.

Schon bei der Berathung der Reform des Handelsrechtes wurde daher auch die Regelung dieser Materie in das Auge gefaßt; der Preußische Entwurf enthielt in seinem fünften Buche Bestimmungen über das Falliment und in seinem sechsten über die Gerichtsbarkeit in Handelssachen überhaupt, und von Seite des Deutschen Handelsstandes wurde in den abgegebenen Gutachten auf eine Einigung in diesem Gebiete fast noch ein größeres Gewicht gelegt, als auf den übrigen Inhalt des Handelsgesetzbuches. Allein die beiden Bücher blieben außer Berathung, die Gründe hiefür werden von kompetentester Seite [5]) dahin angegeben, daß der Preußische Entwurf bei weitem nicht vollständig und erschöpfend genug gewesen, was sich hinreichend daraus erkläre, daß derselbe, zunächst für die Preußischen Staaten berechnet, auf der Grundlage des übrigen Preußischen Rechtes aufgebaut war und mehr den Charakter einer Novelle zu dem letzteren, als den einer vollständigen Kodifikation abgeschlossener Rechtsgebiete an sich trug. Die Preußische Regierung zog deshalb im Laufe der Berathung [6]) den ursprünglichen Entwurf zurück und ersetzte ihn durch einen abgekürzten Vorschlag, welcher nur die Hauptgrundsätze über die Voraussetzung einer Fallimentserklärung bei Kaufleuten und deren Folgen, sowie einige anderweitige Bestimmungen enthielt. In der Sitzung der in Nürnberg versammelten Kommission vom 15. Februar 1861 wurde indessen mit 12 gegen 2 Stimmen beschlossen, auch auf diesen modifizirten Entwurf nicht einzutreten, weil ihm dieselben

5) Lutz, Commentar zum Einführungsgesetz S. 21.

6) Conferenz=Protokolle S. 5135.

Bedenken, wie oben erörtert, entgegenstünden, im Gegentheile dieser abgekürzte Vorschlag noch um Vieles weniger geeignet erschien, den gerechten Erwartungen des Deutschen Handelsstandes von einer einheitlichen und zeitgemäßen Regelung des kaufmännischen Konkursrechtes und Verfahrens zu genügen, als der frühere.

Das Verlangen nach einer Reform des Konkursrechtes wiederholte sich nachmals öfters; allein erst die veränderte politische Gestaltung Deutschlands machte es möglich, an die Erfüllung dieses Verlangens mit Aussicht auf Erfolg Hand anzulegen.

In der That war es auch keine leichte Aufgabe, eine Einheit des Konkursrechtes für ganz Deutschland herbeizuführen. Zwar mußte es, wie die Motive (Seite 5) sagen, als ein günstiger Umstand betrachtet werden, daß auf dem Gebiete des Handelsrechtes eine Rechtseinheit für das gesammte Deutsche Reich bereits gewonnen und dadurch für die häufigsten und wichtigsten Interessen, welche durch eine Konkursordnung Befriedigung erlangen sollen, die einheitliche Gestaltung des Rechtes angebahnt war. Dazu kam der Umstand, daß gleichzeitig auch der bürgerliche Prozeß und die Gerichtsverfassung für Deutschland eine gemeinsame Regelung erhielt. Andererseits aber mußte als ein schwer zu überwindendes Hinderniß der Mangel jeder Einheit oder auch Gleichförmigkeit des Privatrechtes in Deutschland entgegentreten. Diese Schwierigkeit hätte sich allerdings dadurch umgehen lassen, daß man die Arbeit nur auf eine Regelung des Verfahrens, der Prozedur im engsten Sinne, beschränkt. Allein hiegegen sprechen wieder andere Gründe. Ganz abgesehen davon, daß es an sich sehr schwierig wird, eine überall klare und scharfe Grenze zwischen s. g. materiellem und formellem Rechte zu finden, und daß alle bisher nach dieser Richtung bei verschiedenen Veranlassungen unternommenen Versuche mehr oder weniger mißglückt sind, so ist insbesondere auf dem Gebiete des Konkursrechtes der Zusammenhang des materiellen und formellen Rechtes ein so inniger, daß die Normen des Verfahrens nothwendig bedingt sind durch das materielle Recht, und die Trennung beider unausführbar erscheinen muß. Die Form ist ein Erzeugniß des materiellen Rechtes, nicht blos eine äußere Zuthat des letzteren, welche mit einer anderen willkürlich vertauscht werden kann; sie ist aus dem materiellen Rechte innerlich hervorgetrieben. Die Aenderung des Einen bedingt daher nothwendig auch eine Aenderung des Anderen. Man kann, um dies deutlich zu machen, sich auf die Hervorhebung eines Punktes, allerdings des wesentlichsten, beschränken. Das Gemeine Deutsche Recht hat ein sehr komplizirtes System der Vorrechte der einzelnen Forderungen, dessen Quelle theils im Römischen Rechte, theils in der späteren, durch die Rezeption nach Deutschland herübergekommenen Italienischen Praxis

liegt. Dieses System der Vorrechte ist wesentlich bestimmend gewesen für die Gestaltung des Verfahrens, also für das formelle Konkursrecht; wenn man dasselbe adoptirt, so ist es nothwendig, die Feststellung der Rangordnung der einzelnen Ansprüche zu instruiren und dieselbe durch richterliche Entscheidung zu erledigen. Die Präklusions- und Lokationserkenntnisse des Gemeinen Konkursprozesses sind also das Erzeugniß dieses Systemes des materiellen Konkursrechtes; sie können nicht entbehrt werden, wenn das letztere unverändert bleibt; will man also das Verfahren in dieser Hinsicht kürzer, elastischer und praktischer gestalten, so muß man nothwendig auch das materielle Recht modifiziren. Solcher Beispiele lassen sich noch viele geben, und es hätte sich sonach eine legislative Absonderung des Konkursrechtes vom Konkursprozesse von vorneherein als ein prinzipiell unrichtiges und unausführbares Unternehmen dargestellt. Daß andererseits die Vielgestaltigkeit des Privatrechtes in Deutschland nicht ein absolutes Hinderniß zur Gewinnung des gemeinsamen materiellen Konkursrechtes bilden werde, ließ sich aus der mit der Preußischen Konkursordnung von 1855 gemachten Erfahrung entnehmen, welche in verschiedenen Rechtsgebieten, ohne Anstand zu finden, eingeführt worden war. Die Verschiedenheit der ehelichen Güterrechte und noch mehr die Gegensätze des materiellen Rechtes, welche zur Zeit auf dem Gebiete des Pfand- und Hypothekenrechtes in Deutschland noch bestehen, bedingten allerdings gewisse Uebergangsbestimmungen, allein auf diese Schwierigkeiten ließen sich durch ein eigenes Einführungsgesetz und eine gewisse Latitude für die Landesgesetzgebung unschwer umgehen.

§. 6.

In seiner Sitzung vom 21. Februar 1870 beschloß auf die bisher erörterten Erwägungen gestützt der Bundesrath des Norddeutschen Bundes:

> den Bundeskanzler zu ersuchen, den Entwurf einer einheitlichen Konkursordnung für den Norddeutschen Bund ausarbeiten zu lassen.

In Ausführung des Beschlusses wurde an den Königlich Preußischen Justizminister das Ersuchen gerichtet, die Ausarbeitung zu veranlassen. Nachdem der in Folge dessen hergestellte Entwurf einer „Deutschen Gemeinschuldordnung“ nebst Motiven und einem Bande Anlagen von dem Reichskanzler im November 1873 den Bundesregierungen mitgetheilt und gleichzeitig durch den Buchhandel [1]) veröffentlicht worden war, beschloß der Bundesrath in der Sitzung vom 21. Dezember 1873:

> daß der Entwurf einer Vorberathung durch eine besondere, aus acht

1) Berlin 1873, Verlag von v. Decker.

angesehenen Juristen und drei angesehenen Vertretern des Handelsstandes bestehende Kommission unterzogen werden solle.

Zu Mitgliedern der Kommission wurden gewählt

aus dem Kreise der Juristen:

1) Albrecht, Präses des Handelsgerichts in Hamburg,
2) von Amsberg, Großherzoglich Mecklenburgischer Ober-Appellationsrath zu Rostock,
3) Förster, Königlich Preußischer Geheimer Ober-Justizrath zu Berlin [2]),
4) Harrassowitz, Königlich Preußischer Geheimer Justizrath und Stadtgerichts-Direktor zu Berlin,
5) von Kohlhaas, Königlich Württembergischer Ober-Tribunalrath zu Stuttgart,
6) Makower, Königlich Preußischer Rechtsanwalt bei dem Stadtgericht zu Berlin,
7) von Neumayr, Präsident des Königlich Bayerischen Obersten Gerichtshofes und Reichsrath zu München,
8) Schmitt, Rath am Königlich Bayerischen Obersten Gerichtshofe und Justizministerialreferent zu München;

aus dem Kreise der Vertreter des Handelsstandes:

1) Paul Bassenge, stellvertretender Vorsitzender der Handelskammer zu Leipzig,
2) Franz Schütte, Mitglied der Handelskammer zu Bremen,
3) Robert Warschauer, Banquier, Geheimer Kommerzienrath zu Berlin.

Ferner wurden der Kommission: der Königlich Preußische Stadtgerichtsrath Karl Hagens zu Berlin und der Königlich Preußische Landgerichtsrath Lingen zu Elberfeld als Schriftführer beigegeben.

Die Kommission trat am 16. März 1874 in Berlin zusammen. Sie hielt in der Zeit vom 16. März bis zum 31. Juli 1874 unter dem ständigen Vorsitze des Präsidenten von Neumayr 73 Sitzungen ab, in welchen der Entwurf und der zu demselben aufgestellte Entwurf eines Einführungsgesetzes in drei Lesungen durchberathen wurde. Bei den Berathungen hat die Kommission die von Behörden und Einzelpersonen eingegangenen Gutachten sowie die in der periodischen Presse und in der Lite-

---

2) An Stelle des vor dem Zusammentritt der Kommission zum Direktor im Preußischen Ministerium der geistlichen, Unterrichts- und Medizinal-Angelegenheiten ernannten Geheimen Ober-Justizraths Förster wählte der Bundesrath später den Königlich Preußischen Geheimen Ober-Justizrath Hertz.

ratur erschienenen Kritiken des ersten Entwurfs in Erwägung gezogen. Die Anlage und die Grundzüge dieses Entwurfs sind aufrecht geblieben. In den Einzelheiten aber hat derselbe sowohl in Betreff der Anordnung und der Fassung als auch in prinzipieller Hinsicht zahlreiche Aenderungen erfahren [3]).

Mit Schreiben vom 4. Oktober 1874 [4]) wurde dieser Kommissionsentwurf, jedoch noch ohne Motive, dem Bundesrathe vorgelegt, welcher solchen dem Justizausschusse zuwies. Am 20. Dezember 1874 erstattete dieser Bericht und es fanden seine Vorschläge Annahme [5]).

Der aus den Beschlüssen des Bundesrathes hervorgegangene Entwurf weicht zwar in redaktioneller und sachlicher Beziehung von dem Entwurf der Kommission mehrfach ab. Die Abweichungen greifen jedoch in die Bestimmungen des letzteren nirgend tiefer ein. Die wichtigsten Aenderungen sind folgende:

1) Neben den Vorrechten, welche der Kommissionsentwurf aufstellt, hat eine Anzahl anderweiter Vorrechte Aufnahme gefunden.

2) Dem Konkursgerichte ist die Ermächtigung ertheilt, für die Zeit bis zur ersten Gläubigerversammlung einen Gläubigerausschuß zu bestellen.

3) Nach dem Entwurfe der Kommission sollte das Landgericht für sämmtliche Klagen, welche auf Feststellung der in einem Konkursverfahren streitig gebliebenen Konkursforderungen erhoben werden, zuständig sein, wenn dessen Zuständigkeit in Betreff einer der Klagen begründet ist. Diese Vorschrift wurde beseitigt.

4) Die Bestimmung, nach welcher der bestätigte Zwangsvergleich einen vollstreckbaren Schuldtitel für diejenigen Forderungen gewähren sollte, welche bis zur Abstimmung angemeldet und bis zu derselben von dem Gemeinschuldner nicht ausdrücklich bestritten worden sind, ist dahin abgeändert, daß der vollstreckbare Schuldtitel für die Forderungen gewährt wird, welche festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner in dem Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind.

Der Entwurf des Einführungsgesetzes hat sachlichen Abänderungen nicht unterlegen.

Nach Ausarbeitung von Motiven, die nach Inhalt und Form ein

---

3) Eine genaue Vergleichung läßt sogar die Behauptung einer gänzlichen Umgestaltung nicht unberechtigt erscheinen.

4) Drucksachen des Bundesrathes Nr. 120; das Schreiben ist von Delbrück gezeichnet.

5) Drucksachen des Bundesraths Nr. 171.

wahres Meisterwerk genannt zu werden verdienen[6]) und die eine erschöpfende Begründung jeder einzelnen Bestimmung enthalten, wurde das Elaborat mit Schreiben des Reichskanzlers vom 21. Januar 1875 dem Reichstage vorgelegt[7]), kam jedoch erst in der darauffolgenden Session am 4. November 1875 zur ersten Lesung[8]). Nach einer allgemeinen Darlegung des Kommissars des Bundesrathes Direktor v. Amsberg beantragte Abgeordneter Dr. v. Schwarze die Verweisung des Entwurfes an eine Kommission von 14 Mitgliedern, welcher Antrag nach längerer Debatte angenommen wurde[9]).

Die Kommission bestand aus Dr. v. Sarwey als Vorsitzendem, v. Vahl als Berichterstatter, und Ausfeld, Dr. Goldschmidt, Grütering, Haanen, Hullmann, Kochann, Möring, Schröder (für Lippstadt), Dr. Websky, v. Wödtke, Wölfel, Dr. Zimmermann, und wurde auf Antrag des Letzteren [v. 1. Februar 1876][10] ermächtigt, auch bei Vertagung des Reichstages ihre Berathungen fortzusetzen[11]).

In 18 Sitzungen vom 10. November bis 15. Dezember 1875 (von denen die erste nur formaler Natur war) erledigte die obengenannte Kommission die Konkursordnung in erster Lesung. Am 31. Januar und 4. Februar 1876 wurde die Berathung fortgeführt und das Einführungsgesetz in zwei Sitzungen erledigt, worauf dann Vertagung bis zum 18. Mai 1876 eintrat. Die zweite Lesung erforderte sechs Sitzungen und wurde am 26. Mai 1876 geschlossen[12]), an welchem Tage unter Vorlage einer Zusammenstellung der abweichenden Beschlüsse dem Reichstage mündlicher Bericht[13]) erstattet wurde.

Gegen die von der Kommission proponirten Modifikationen wurden

---

6) Dieselben haben (dem Vernehmen nach) den Regierungsrath Hagens zum Verfasser, stützen sich aber vollständig auf die Motive zum I. Entwurf.

7) Drucksachen des Deutschen Reichstages 2. Legislaturperiode II. Session 1874 Nr. 200.

8) Stenographische Berichte des Deutschen Reichstages 2. Legislaturperiode III. Session 1875/76 Bd. I S. 60—70.

9) Die Debatte betraf lediglich die Frage, ob die Kommission neugewählt werden sollte, oder ob die bereits für die übrigen Justizgesetze bestimmte Kommission damit zu betrauen sei. Ersterer Vorschlag erhielt die Majorität.

10) Drucksachen Nr. 194.

11) Die Debatte hierüber vom 5. Februar 1876 siehe Stenograph. Ber. Bd. II S. 1190—1202.

12) Die Protokolle sind gedruckt.

13) Drucksachen des Nordd. Reichstages 2. Legislaturperiode IV. Session 1876 Nr. 4.

vom Bundesrathe wesentliche Bedenken nicht erhoben und der Entwurf vom Reichstage in zweiter Lesung en bloc angenommen [14]) und zwar, wie ausdrücklich konstatirt wurde, einstimmig. Die dritte Lesung mit Enblok-Annahme geschah [15]) am 21. Dezember 1876 [16]) und nach erfolgter Genehmigung des Bundesrathes die Publikation als Reichsgesetz am 10. Februar 1877 [17]) unter Nr. 1172.

§. 7.

Die Konkursordnung vom 10. Februar 1877 stützt sich im Wesentlichen auf das Preußische Gesetz vom 8. Mai 1855. Dieses hat sich (nach der von dem Kommissarius des Bundesrathes gegebenen amtlichen Constatirung) [1]) in der Praxis im Großen und Ganzen, namentlich was ihre — aus einer Verarbeitung des Deutschen und des Französischen Rechtes hervorgegangenen — prinzipiellen Unterlagen betrifft, vollkommen bewährt und es haben auch neuere Entwürfe und Gesetzgebungen ihrem Vorbilde sich angeschlossen, so insbesondere der Entwurf für das Königreich Sachsen und die Civilprozeßordnung für das Königreich Bayern vom 21. April 1869 in ihrem die „Gant" behandelnden fünften Buche. Indessen hat das oben erwähnte Preußische Gesetz große und mehrfache Modifikationen erhalten und muß deßhalb die Deutsche Konkursordnung als ein neues und selbstständiges Werk erachtet werden. Eine wesentliche Verbesserung zeigt zum Beispiel dieselbe namentlich in der Richtung einer freieren und selbstständigeren Bewegung des Massaverwalters sowohl als der Gläubiger und in Bezug auf Entlastung der Gerichte von Verwaltungsgeschäften.

Der wesentlichste Punkt, in welchem die Deutsche Konkursordnung von dem oben erwähnten Preußischen Gesetze abgegangen und zu dem früheren Gemeinen Rechte zurückgekehrt ist, liegt darin, daß sie zwischen dem Konkurse von Kaufleuten und jenem von Nichtkaufleuten keinen Unterschied macht.

---

14) Stenographische Berichte des Reichstages 2. Leg.-Per. IV. Session 1876 Bd. I S. 569—573.

15) Sten. Ber. Bd. II S. 1000.

16) Auf Antrag der Berathungskommission wurde noch beschlossen: den Herrn Reichskanzler zu ersuchen, wo möglich noch vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung die einheitliche Regelung des in §. 17 des Einführungsgesetzes behandelten Gegenstandes (nämlich des Faustpfandes an gewissen Werthpapieren) im Wege der Reichsgesetzgebung herbeizuführen. Siehe die Erläuterungen zu diesem Paragraphen.

17) Reichsgesetzblatt Stück Nr. 10, ausgegeben zu Berlin den 5. März 1877 (S. 351 des Jahrganges).

1) Stenogr. Ber. a. a. O. S. 60.

Das neuere Konkursrecht hat sich geschichtlich allerdings zunächst bei den Kaufleuten ausgebildet [2]; das „Falliment" ist in den Statuten des Mittelalters als ein eigenthümliches Recht des Handelsstandes ausgebildet worden, vorwiegend in Italien, und hat von dort aus seinen Weg nach Frankreich, Spanien, den Niederlanden und England genommen. Noch heut zu Tage bildet in Frankreich das „Fallitenrecht" einen Theil des Handelsgesetzbuchs [3], so zwar, daß gegen nichtkaufmännische Schuldner ein Konkurs überhaupt nicht stattfindet, sondern beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger diese der Exekution des Schuldners lediglich beitreten und ein sogenanntes Contributions- oder Collokationsverfahren [4]) unter ihnen stattfindet.

In dieser Einseitigkeit ist nun allerdings in Deutschland die Rechtsbildung nie vorangegangen, indeß aber hat der Umstand, daß der Credit ein spezifisches Element des kaufmännischen Handels ist, die Wechselfähigkeit früher meist auf Kaufleute beschränkt war und diese daher strengeren Exekutionsmaßregeln unterlagen, dahin geführt, daß namentlich in den Gesetzen der deutschen Handelsstädte Hamburg, Bremen und Lübeck ein Unterschied in der Behandlung der Ueberschuldung von Kaufleuten und Nichtkaufleuten gemacht wurde. Dieser Rechtsgestaltung sich anschließend hatte die Preußische Konkursordnung von 1855 den kaufmännischen und den gemeinen Konkurs förmlich von einander getrennt und in gleicher Weise hatte die obenerwähnte gelegentlich der Berathung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches beabsichtigte Reform sich nur auf den kaufmännischen Konkurs erstreckt. Damals wurde diese Trennung als prinzipiell allein richtig angesehen und folgendermaßen motivirt [5]:

> „Der Konkurs der Kaufleute unterscheide sich charakteristisch von dem gemeinen Konkurse, und trete auch sonst eine erhebliche Anzahl besonderer Gesichtspunkte und Bedürfnisse bei dem kaufmännischen Konkurse hervor, welche dem gemeinen Konkurse fremd oder für denselben von geringerer Bedeutung seien.
>
> Vor Allem äußere sich die charakteristische Verschiedenheit in den Voraussetzungen des Konkurses. Sie beruhe hier auf dem Gegensatze zwischen Zahlungseinstellung und Vermögensunzulänglichkeit. Für den Fallimentszustand eines Kaufmannes sei die Einstellung seiner Zahlungen ausschließlich das Merkmal, möge die Zahlungseinstellung in einer materiellen Vermögensunzulänglichkeit ihren Grund haben oder nicht; dies sei in der Natur der Handelsverhältnisse und

---

2) Aus den Motiven S. 10 ff.

3) Code de commerce Liv. III.

4) Code de procédure civile part. I, tit. XI.

5) Vgl. die Motive zum Preußischen Entwurfe eines Handelsgesetzbuches S. 366 ff.

in dem praktischen Bedürfnisse des kaufmännischen Verkehrs begründet, wogegen für den Konkurs, welcher das Vermögen eines Nichtkaufmannes zum Gegenstande habe, die richtige Vorbedingung in der Unzulänglichkeit des Vermögens zur Befriedigung der Gläubiger bestehe. Es sei ein sehr fühlbarer Mangel des Gemeinen Deutschen Konkursrechts, daß es diesen Unterschied unberücksichtigt lasse.

An den letzteren knüpfe sich sofort eine Reihe dem kaufmännischen Konkurse eigenthümlicher Rechtsbestimmungen, sowohl in Bezug auf die Eröffnung des Konkurses, als in Bezug auf die Wirkung der Rechtshandlungen, welche um die Zeit vorgenommen worden seien, in der die Zahlungseinstellung eingetreten sei. Was diesen Punkt, sowie überhaupt die Lehre von der Anfechtung der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners durch die Gläubiger betreffe, so könne man sich den Klagen des Handelsstandes darüber nicht verschließen, daß hier die Vermengung des kaufmännischen mit dem nichtkaufmännischen Konkurse den schlimmsten Mißbräuchen falliter Kaufleute Thür und Thor öffne.

Ferner habe für den kaufmännischen Konkurs das Institut des Vergleichs (Akkord, Konkordat) zur Aufhebung des Konkurses eine besondere, die Einrichtung des Konkursverfahrens selbst wesentlich modificirende Bedeutung, und außerdem lasse sich noch eine große Anzahl von speciellen Gegenständen bezeichnen, welche ausschließlich oder doch vorzugsweise bei dem kaufmännischen Konkurse zur Sprache kämen, dagegen dem gemeinen Konkurse in der Regel fremd seien, weil sie zunächst nur auf fallite Kaufleute oder auf handelsrechtliche Verhältnisse Bezug haben. Dahin gehörten Bestimmungen über die Folgen, welche der Konkurs auf die Person des Gemeinschuldners äußere, wenn dies ein Kaufmann sei, und über die Rehabilitation desselben, über die Rechtsverhältnisse, welche der Konkurs von Handelsgesellschaften mit sich bringe, ferner materielle Regeln über die Vorzugsrechte der Ehefrau des falliten Kaufmannes, über die Vindikation von Waaren, Effekten und Forderungen aus dem Handelsverkehr, über die Kompensation aus Geschäften nach Eintritt des Zeitpunktes der Zahlungseinstellung u. s. w., sodann formelle Vorschriften in Bezug auf die Handelsbücher, die Bilanz, die Siegelung, die Fortsetzung des Handelsgeschäftes u. s. w. Die Zahl derartiger Punkte sei so erheblich, daß sie das kaufmännische Konkursverfahren in seinem Zusammenhange, dem gemeinen Konkurse gegenüber, zu einem besonderen und reichhaltigeren Ganzen gestalten müßten, und daher nicht wohl miteinander vermengt werden konnten."

Allein wie der Direktor im Reichskanzleramte, Oberregierungsrath von Amsberg bei der ersten Lesung der neuen Konkursordnung erörterte [6]), hat man bei der nunmehrigen Feststellung des Gesetzes diese sämmtlichen Differenzen theils für so unbedeutend erachtet, daß man sie streichen konnte, theils überzeugte man sich, daß sie auf Unterschieden beruhten, welche man legislativ nicht mehr anerkennen wollte und durfte.

Dadurch ist man zu einer vollen Einheit des gesammten Verfahrens gelangt und es läßt sich nicht läugnen, daß darin eine wesentliche Verbesserung gelegen ist [7]).

§. 8.

Im Anschlusse an die in §. 4 bereits erörtete naturgemäße Trennung des Konkursrechtes in zwei große Abschnitte, in das materielle Recht und in das Verfahren, theilt sich auch die deutsche Konkursordnung in zwei Bücher: Konkursrecht und Konkursverfahren, zu welchen noch ein drittes Buch: Strafbestimmungen tritt.

Das **erste Buch** enthält acht Titel.

Zunächst wird im Allgemeinen der Gegenstand und die Wirkung des Konkursverfahrens bestimmt (Titel 1).

Daran reihen sich im Besonderen die Vorschriften über die Wirkung der Eröffnung des Verfahrens auf die Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner zu einer Zeit vorgenommen hat, zu welcher ihm das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über sein Vermögen noch zustand, um zu bestimmen, inwieweit dieselben erfüllt werden können oder müssen (Titel 2), oder unter welchen Voraussetzungen sie im Interesse der Gläubiger anfechtbar sind (Titel 3).

In Titel 4 wird bestimmt, inwieweit die in dem Vermögen des Gemeinschuldners faktisch befindlichen, ihm aber rechtlich nicht zugehörigen Gegenstände aus demselben auszusondern und den berechtigten Personen, die als solche nicht Konkursgläubiger sind, herauszugeben sind. Hier ist das Aussonderungsrecht der Ehefrau des Gemeinschuldners von hervorragender Bedeutung.

In den Titeln 5 bis 8 wird die verschiedene Rechtslage aller derjenigen Personen normirt, welche an das in Beschlag genommene Vermögen Ansprüche zu erheben haben. Diese zerfallen in zwei Klassen: solche, welche nicht verpflichtet werden können, ihre Befriedigung im allgemeinen Konkursverfahren zu erzielen, und solche, welche nur in diesem ihre Befriedigung

---

6) Stenograph. Ber. a. a. O. S. 61; vgl. auch Motive S. 11 unten.

7) Einzelne Besonderheiten für Konkurse von Aktien- und anderen Gesellschaften siehe §. 193 ff.

erhalten dürfen. Zur ersten Klasse gehören diejenigen, die einen besondern Anspruch auf bestimmte einzelne Vermögensstücke haben und daher diese zu ihrer Befriedigung verwendet verlangen; sie haben das Recht auf eine abgesonderte Befriedigung (Titel 5), sodann diejenigen, welche durch Aufrechnung mit ihrer Schuld an den Gemeinschuldner ihren Anspruch an ihn befriedigen können (Titel 6); endlich die s. g. Massegläubiger (Titel 7), welche vornweg aus der Konkursmasse zu befriedigen sind, weil ihre Ansprüche in Bezug auf die letztere rechtsgültig erst nach der Eröffnung des Verfahrens und in Folge derselben entstanden sind.

Der letzte Titel 8 erörtert die Natur und die Rangordnung der Ansprüche der zweiten Klasse, — nämlich die Verhältnisse der Konkursgläubiger, d. h. derjenigen, die nur im Konkurse ihre Befriedigung erlangen können, und zwar wird zuvörderst die „Rangordnung" einzelner unter denselben bestimmt und sondann über die „Arten der Konkursforderungen" das Nähere geordnet.

Das **zweite Buch** enthält gleichfalls acht Titel. Nach einleitenden allgemeinen Bestimmungen (Titel 1), welche die Zuständigkeit und Thätigkeit des Gerichts, die Stellung des Gemeinschuldners, des Konkursverwalters, der Gläubiger und ihres Ausschusses also der in und bei dem Verfahren betheiligten Personen charakterisiren, und einige allgemeine Vorschriften über das Verfahren geben, muß die Eröffnung des Verfahrens geregelt (Titel 2), es müssen die Vorkehrungen, durch welche die Theilungsmasse (Titel 3) und die Schuldenmasse (Titel 4) ermittelt und festgestellt wird, von den Bestimmungen unterschieden werden, nach denen das Verfahren seine Erledigung findet (Titel 5—7). Unter diesen nehmen die Vorschriften über die Vertheilung der Masse (Titel 5) und über den Zwangsvergleich (Titel 6) eine hervorragende Bedeutung an. Der Titel 8 endlich enthält Bestimmungen über einzelne besondere Konkursarten, nämlich den Konkurs bei Aktiengesellschaften, bei eingetragenen Genossenschaften, bei Handelsgesellschaften überhaupt, den Konkurs über einen Nachlaß und den Konkurs über ausländische Schuldner.

Das **dritte Buch** regelt das Verhältniß zum Strafgesetzbuche und enthält eine Anzahl von Strafbestimmungen gegen einfachen und betrüglichen Bankerott, Begünstigung einzelner und Täuschung anderer Gläubiger, Stimmverkauf bei den Berathungen der Gläubiger und Nachlässigkeiten von Gesellschaftsvorständen.

Das Einführungsgesetz zur Konkursordnung enthält in 17 Paragraphen unter Anderem Vorschriften über das Verhältniß der neuen Konkursordnung zum bisherigen Rechte, und ihre Anwendbarkeit auf die vor und nach ihrem Inkrafttreten bereits eröffneten Konkurse, endlich verschiedene Einführungsbestimmungen.

§. 9.

Während, wie bereits oben erwähnt, der erste Entwurf die Bezeichnung „Gemeinschuldordnung“ gewählt hatte, ist nunmehr der Name „Konkursordnung“ und dem entsprechend „Konkurs“, „Konkursrecht“, „Konkursverfahren“ u. s. w. angenommen. Die Motive (Seite 14) begründen diese Wahl mit dem Hinweis darauf, daß die außerdem üblichen Benennungen, „Gant, Falliment, Debitverfahren[1]), Krida, Diskussionsverfahren“ und ähnliche alle nur einen räumlich beschränkten Geltungsbereich, insbesondere das Wort „Gant“ (welches bald als männlich, bald als weiblich erscheint) verschiedene Bedeutungen habe, während die Bezeichnung „Konkurs“ schon bisher von der Reichsgesetzgebung vorherrschend und ausschließlich angenommen und in Deutschland überall in das Verkehrsleben eingedrungen sei.

Das Gesetz bezeichnet die Gläubiger als Konkursgläubiger, den Schuldner aber als Gemeinschuldner[2]), die bisherigen Vindikanten oder Separatisten ex jure dominii heißen Aussonderungsberechtigte, während die übrigen Separatisten als Absonderungsberechtigte bezeichnet werden.

Der im Jahre 1873 erschienene Entwurf einer „Deutschen Gemeinschuldordnung“ soll in der Folge als I. E., der dem Reichstage vorgelegte aber als II. E. aufgeführt werden; die Preußische Konkursordnung vom Jahre 1855 wird mit Pr.K.O. und die Bayerische Prozeßordnung in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von 1869 als B.P.O. abgekürzt, der Preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuches vom Jahre 1857 endlich durch Pr.H.E. und die Protokolle der Kommissionsberathungen durch K.Prt. angedeutet werden.

§. 10.

Die Auslegung der Bestimmungen der Konkursordnung hat vor Allem und vorzüglich aus dieser selbst zu geschehen. Es ist deshalb in Zweifelsfällen zuvörderst der Versuch zu machen, die Entscheidung aus dem Geiste und dem Systeme des neuen Gesetzes, durch Entwicklung seiner Grundsätze und durch Analogie aus seinen anderweitigen Bestimmungen zu schöpfen. Erweisen sich diese Wege zu einer Interpretation zu gelangen ungenügend,

---

1) „Debitverfahren“ bezeichnete früher den Fall einer gerichtlichen Verhandlung von Ueberschuldung ohne eigentliche Konkurseröffnung.

2) Damit ist noch nicht gesagt, daß jeder Gemeinschuldner auch ein gemeiner Schuldner sei; indessen oft genug mag dies der Fall sein, und ein bischen üblen Beigeschmack in der Bezeichnung muß sich der in Konkurs Gefallene schon gefallen lassen; wurde er doch ehedem mit dem lieblichen Namen „concursifex“ gerufen und auch die sonst üblichen Ausdrücke, als „Gantirer, fallitus, Kridar u. s. w.“ sind nicht gerade Ehrentitel.

so bieten die Motive in Verbindung mit den Protokollen der Kommissionsberathungen [3]) ein Hülfsmittel zur Gewinnung eines richtigen Verständnisses, aber nur ein Hülfsmittel [4]), es wäre daher verfehlt, eine sich aus dem Gesetze selbst ergebende Auslegung zu verwerfen, weil sie sich mit den Motiven nicht vereinigen läßt.

Andererseits wird man bei der Anwendung der neuen Konkursordnung eines beständigen Rückgriffs auf die bisherige Deutschrechtliche Doktrin [5]) nicht entbehren können; man wird, um auf der Höhe der Wissenschaft sich zu erhalten, die Verbindung mit dem Gemeinen Rechte nicht aufgeben dürfen und auch nicht aufzugeben vermögen. Es kommt aber dabei natürlich nicht darauf an, ob sich diese oder jene positive Vorschrift der neuen Konkursordnung bereits in den Pandekten findet; was wir herübernehmen müssen, ist das Rechnen mit Rechtsbegriffen, und alle unsere Rechtsbegriffe fußen ja mehr oder minder im Römischen Rechte.

Vorsichtiger wird bei der Auslegung der Deutschen Konkursordnung mit der Herbeiziehung des Preußischen Gesetzes von 1855 zu verfahren sein, da, wie bereits oben erwähnt, gerade in einigen wesentlichen prinzipiellen Punkten die Grundlage desselben verlassen wurde und man daher leicht durch Zuhülfenahme ihrer Bestimmungen in eine dem Geiste der neuen Konkursordnung zuwiderlaufende Interpretation geführt werden könnte.

---

3) Die Reichstagsverhandlungen haben sich mit dem Inhalte des Gesetzes nicht beschäftigt, enthalten also kein Interpretationsmaterial.

4) Einzelne Autoren gehen weiter; man will in den Motiven, namentlich aber in den im Protokolle der Justizkommission niedergelegten Erklärungen über den Sinn einer Stelle der Entwürfe, deshalb den „Ausdruck des übereinstimmenden Willens der gesetzgebenden Faktoren" finden, weil dieselben „als stillschweigend durch die Annahme der Gesetze in der von den Kommissionen beschlossenen Form gebilligt" anzusehen seien. (Vgl. Petersen, Kommentar zur Civilprozeß O. S. 22. Stieglitz K.O. S. XIX. v. Sarwey K.O. S. XLI.) Ich kann mich dieser Auffassung nicht anschließen, stimme vielmehr der Meinung bei (vgl. Endemann, Komm. zur Civ.P.O. S. 34; Schultze in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25. S. 363), daß, wie die Motive, so auch der Inhalt der Protokolle zwar eine besonders beachtenswerthe, aber dennoch nur eine wissenschaftliche Bedeutung haben. Diese Ansicht hat nunmehr auch das RG. sanktionirt. (Erk. v. 9. Juni 1883). Es erklärte übrigens Justizminister v. Leonhard (Stenograph. Berichte II. Session 1874/75. Bd. I S. 275 ff.) ausdrücklich: daß die verbündeten Regierungen die Vertretung der Motive nicht übernähmen. Ebenso äußerte sich der Vertreter des Bundesrathes v. Amsberg hinsichtlich der Motive zur Civ.Pr.O. (Prot. der Justizcommission S. 123.)

5) Beispiele, wie die Anwendung der Digesten als „raison écrite" auch für unsere neue Gesetzgebung möglich ist, werden häufig vorkommen.

Dasselbe gilt von der Bayerischen Prozeßordnung, wenn auch diese mitunter zur Erläuterung dienen kann, noch mehr aber und ganz entschieden von dem Französischen Rechte. Denn obwohl dieses für das Verfahren als die ursprüngliche Quelle sich darstellt, ist doch schon durch die oben erörterte prinzipielle Verschiedenheit (die im Code de commerce angenommene Beschränkung auf den kaufmännischen Konkurs) eine anologe Anwendung und selbst eine Benützung der Gerichtspraxis als Quelle zur Auslegung gefährlich. Auch das Verfahren hat in der Deutschen Konkursordnung einen wesentlich anderen Charakter als die betreffenden Bestimmungen der französischen Gesetze und bleibt daher die Herbeiziehung unserer überrheinischen Nachbarn mit ihrer sonst sehr schätzbaren jurisprudence und ihren arrêts am besten ganz vermieden.

§. 11.

Die Literatur über die neue Konkursordnung ist bereits eine ziemlich umfangreiche. Nachfolgende Werke sind seit ihrer Publikation erschienen [1]), wobei die Ausgaben des Gesetzes, welches lediglich den Text und allenfalls einige Noten enthalten, nicht erwähnt sind [2]):

1) Dr. Carl Fuchs (Professor der Rechte in Marburg), der Deutsche Concursprozeß. Leipzig 1877. 8⁰.

2) Eduard Graf (Notar in Fürth), die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Mit Einleitung, dem Reichseinführungsgesetz, Anmerkungen und Register. Nördlingen 1877. 16⁰.

3) D. A. Zimmermann, die Reichskonkursordnung nebst Einführungsgesetz für den praktischen Gebrauch. Berlin 1877. 16⁰.

4) Höingshaus, Konkursordnung nebst Einführungs- und Gerichtsverfassungsgesetz, ergänzt und erläutert durch die amtlichen Materialien der Gesetzgebung. Berlin 1877. gr. 8⁰.

5) R. Sydow, Konkursordnung. Berlin und Leipzig. 1878. 12⁰.

(Vorstehende vier Werke (Nr. 2—5) sind lediglich Textausgaben mit kurzen Noten oder Excerpten aus den Materialien).

---

1) Zu beachten sind auch die Besprechungen des Entwurfes von Eccius (Zeitschrift für Deutsche Gesetzgebung v. Behrend und Dahn, Bd. VIII S. 22 ff.), v. Kräwel (ebenda S. 123 ff.: Archiv für civilistische Praxis Bd. LIX S. 54 ff.), von Sarwey (Heymann 1876) und im Württembergischen Archiv Bd. XVII S. 405 ff., von Streich (Württembergisches Gerichtsblatt Bd. XI S. 35 ff., 111 ff., 163 ff.)

2) Eine ausführliche Besprechung der Literatur bis Ende 1879 von Dr. A. Schultze findet sich in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. XXV. S. 339 ff.

6) G. v. Wilmowski (Justizrath), Deutsche Reichskonkursordnung, erläutert. Berlin 1878. Zweite vermehrte Auflage. 1882.

(Ein ganz vorzügliches Werk. Für die Preußische Praxis noch besonders werthvoll durch die stete Bezugnahme auf den Zusammenhang des neuen Gesetzes mit dem Allgemeinen Landrecht [3]).

7) Julius Petersen (Kammerpräsident zu Straßburg), die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz für den praktischen Gebrauch erläutert. Lahr 1878.

(Eine überall das vollste Beherrschen der Praxis zeigende, überaus wohlthuende Art der Darstellung zeichnet dieses treffliche Werk aus.)

8) E. Hullmann (Großh. Oldenburgischer Oberappellrath, dann Reichsoberhandelsgerichtsrath), Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz vom 10. Februar 1877 erläutert. Nördlingen 1879.

(Der Verfasser war Mitglied der Justizkommission bei Berathung des Gesetzes, seine Ausführungen verdienen schon deshalb besondere Beachtung.)

9) F. A. Wengler (Sächsischer Appellationsrath), die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Leipzig 1879.

10) Dr. v. Sarwey (K. Württemberg. Staatsrath), die Konkursordnung für das Deutsche Reich v. 10. Februar 1877 bearbeitet. Berlin 1879. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. 1882.

(„Der Verfasser war — wie Schultze sagt — durch seine Arbeiten über den Entwurf und namentlich durch seine Thätigkeit als Vorsitzender der Reichstagskommission besonders legitimirt zur Kommentirung des Gesetzes. Den hiedurch begründeten Erwartungen entspricht der Kommentar vollkommen. Bei überaus sorgfältiger Verarbeitung der Materialien hat der Verfasser sich die Selbständigkeit der Auffassung gewahrt. Durch ausgiebige Berücksichtigung des Französischen, Preußischen und Gemeinen Rechtes, durch überall von streng juristischem Geiste beseelte Auffassung und klarer Darstellung bietet dieser reichhaltige Kommentar ein vollständiges Bild des neuen Rechtes.")

11) K. Hohl (Landgerichtsdirektor in Stuttgart), Konkursordnung für das Deutsche Reich. Stuttgart 1879.

12) G. König (Oberamtsrichter in Hannover), das Konkursverfahren nach der R.K.O. v. 10. Februar 1877 zum praktischen Gebrauche dargestellt. Hannover 1879.

---

3) Von demselben Verfasser ist erschienen: Ausführungs- und Uebergangsgesetze zur Reichskonkursordnung zusammengestellt von G. v. Wilmowski. Berlin 1880.

13) W. Stieglitz (Kreisgerichtsrath und Vorstand des k. Stadtgerichts in Stuttgart), die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze und dem Württembergischen Ausführungsgesetze. Tübingen. 1879.

(Ein ausnehmend fleißig gearbeiteter, überall auf dem praktischen Boden stehender, sehr schätzenswerther Kommentar).

14) Dr. A. S. Schultze (Professor in Straßburg), das Deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen. Berlin 1880.

(Reich an neuen Ideen und scharfsinnig in allen Entwicklungen; im höchsten Grade anregend auch da, wo man den Auschauungen des Verfassers nicht beitreten kann.)

15) O. Meves (Oberlandesgerichtsrath, jetzt Mitglied des Reichsgerichts), die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1881.

(Eine kurz gefaßte, sehr praktische Entwicklung der Grundsätze des Konkursrechtes und Verfahrens.)

16) Dr. J. Meisner (Landgerichtsrath), die Deutsche Konkursordnung nebst Einführungsgesetz, dem Preußischen Ausführungsgesetz, sowie dem Reichsgesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens. Berlin. (Vorrede Juni 1881.)

(Ausführliche, besonders das Preußische Recht berücksichtigende Erörterung.)

17) Dr. H. Fitting (Professor und Geh. Justizrath), das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. Berlin nnd Leipzig 1881. Zweite unveränderte Auflage 1883.

(Systematische Bearbeitung der Lehre vom Konkurse; scharf in der Aufstellung der Begriffe, concis in der Darstellung und doch vollständig erschöpfend ist dieses Buch für das Studium der Lehre als vorzüglichstes Hülfsmittel zu bezeichnen.)

Außer den obigen Werken findet sich theils das Konkursrecht, theils das Verfahren berücksichtigt in:

Dr. H. Dernburg (Professor), Lehrbuch des Preußischen Privatrechtes. 2. Auflage. Halle 1880. (Besonders Bd. II §§. 111—132.)

G. Mandry (Professor), der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. Freiburg und Tübingen 1878. 2. Auflage 1882.

Dr. P. Schelling (Professor), Lehrbuch des Deutschen Civilprozesses. Erlangen 1880 (Buch II S. 472 ff.) [4]).

4) Ich werde diese sämmtlichen Autoren mit den Namen citiren und zwar in alphabetischer Ordnung.

Konkursordnung.

Vom 10. Februar 1877.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c. 2c.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrathes und des Reichstages, was folgt:

Erstes Buch.

Konkursrecht.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen *).

1) Zweck und Absicht des Konkursverfahrens ist es, zu bewirken, daß, sobald der Schuldner zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger nicht fähig ist, jeder Gläubiger nach der rechtlichen Beschaffenheit seiner Forderung in dem ihm gebührenden Range und im richtigen Verhältnisse befriedigt werde. Da aber nicht anzunehmen ist, daß dieses der Zahlungsunfähige selbst ausführen wolle und ausführen könne, so ist es die erste Aufgabe einer Konkursordnung, dafür zu sorgen, daß dem Schuldner die freie Verfügung über Hab' und Gut entzogen und dieselbe in andere unparteiische Hände gelegt werde. Das bisherige, also das zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene schuldnerische Vermögen wird nunmehr zur Konkurs-Masse, die bisher gesonderten Ansprüche der einzelnen Gläubiger vereinigen

---

*) 1. Auflage S. 29.

sich zu dem gemeinschaftlichen Konkurs-Anspruch, darin bestehend, daß die Konkursmasse unter die Konkursgläubiger und nur unter diese nach denjenigen gesetzlichen Normen vertheilt werde, welche das objektive Konkurs-Recht aufstellt [1]).

Die Aufhebung des Verfügungsrechtes des Schuldners über sein Vermögen und die Stellung dieses Vermögens zur Verfügung der Gesammtheit der Gläubiger läßt sich juristisch auf verschiedene Weise konstruiren.

Die ältere Doktrin [2]) nahm an, daß das gesammte Vermögen des Schuldners auf die Konkursgläubiger übergehe, daß sie Eigenthümer aller in demselben befindlichen Sachen, Inhaber aller Rechte werden, und daß die nach Beendigung des Konkurses etwa übrig gebliebenen Vermögensstücke auf den Gemeinschuldner wieder zurückübertragen werden müßten. Eine solche Universalsuccession war aber nicht einmal im älteren Römischen Rechte begründet [3]), reicht weit über den Zweck des Konkursverfahrens hinaus und ließe sich nach den gegenwärtig üblichen Grundsätzen über die Form des Eigenthumsübergangs namentlich an Immobilien überhaupt nicht halten.

Eine zweite Ansicht wollte das Verhältniß als eine datio in solutum auffassen, so daß demnach angenommen wurde, der Schuldner gebe unfreiwilliger Weise seine Güter, anstatt der von ihm nicht zu erschwingenden Bezahlung der einzelnen Gläubiger, an die Gesammtheit der Gläubiger an Zahlungsstatt ab. Allein auch in diesem Falle müßte ein Eigenthumsübergang stattfinden und ständen also dieser rechtlichen Konstruktion dieselben Bedenken, wie der zuerst genannten, entgegen [4]).

---

1) Der „Konkursausspruch" ist indessen (vgl. Fitting §. 4 Note 7) nicht ein ganz neuer eigenartiger, erst durch die Zahlungsunfähigkeit entstehender privatrechtlicher Anspruch obligatorischer Natur, welcher durch den Antrag auf Konkurseröffnung geltend gemacht wird, sondern es tritt nur durch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners einerseits und den gemeinschaftlichen Anspruch aller Gläubiger auf gleichmäßige Befriedigung anderseits eine Modifizirung und wechselseitige Beschränkung der innerlich unverändert bleibenden Forderungen der Einzelnen ein; zugleich aber gewinnen durch die konstatirte Zahlungsunfähigkeit die vorhandenen Gläubiger als Konkursgläubiger den Anspruch auf eine gewisse Ausschließlichkeit gegenüber spätern Gläubigern und gegenüber Nicht-Konkursgläubigern.

2) Z. B. Hommel, Rhaps. obs. 193. Leyser, Medit. spec. 220 med. 6 und spec. 173 med. 4.

3) Mit Recht macht v. Bayer §. 29 (Note 5) aufmerksam, daß im Falle einer Universalsuccession die Forderungen der Gläubiger hiedurch juristisch konsequent sämmtlich erlöschen müßten.

4) Vgl. Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Auflage S. 230 n. 4.

Andere [5]) schlugen vor, das Verhältniß unter den Gesichtspunkt einer Assignation zu stellen, so daß die Gläubiger die „aufgedrungenen" Assignatare des Gemeinschuldners sein würden; aber auch in dieser Weise lassen sich die einzelnen nothwendigen Folgesätze nicht gewinnen.

Am wenigsten Anstand schien es zu haben [6]), die Idee eines durch den Konkurs entstehenden allgemeinen Pfandrechtes durchzuführen; denn mit diesem Gesichtspunkte stimmt allerdings überein, daß den Gläubigern das Recht zusteht, die Güter des Schuldners zu veräußern, ohne doch Eigenthümer derselben zu werden; daß ihnen der Schuldner verhaftet bleibt, insoweit sie aus der Masse nicht befriedigt werden; daß hingegen auch das, was zu ihrer Befriedigung nicht nothwendig ist, wieder an ihn zurückfällt; daß er die Masse vor dem Verkaufe wieder zurückziehen kann, wenn die Gläubiger auf andere Weise zufrieden gestellt werden u. s. w. Obwohl nun für diese Rechtsanschauung auch im Römischen Rechte nur bei dem Falle der missio in possessionem [7]) eine gesetzliche Sanktion sich nachweisen läßt, hat sie doch in verschiedenen Partikulargesetzgebungen Eingang gefunden. Der Deutschen Konkursordnung aber liegt sie nicht zu Grunde und es führen in dieser Hinsicht die Motive (S. 15) Folgendes aus: „Das Pfandrecht würde durch den Akt der Konkurseröffnung und die in ihr enthaltene Beschlagnahme an dem ganzen Vermögen des Schuldners entstehen müssen. Schon eine stillschweigende Generalhypothek erregt Bedenken; sie würde kraft der Konkursordnung auch die Grundstücke, die Werthpapiere, die Forderungen des Schuldners ergreifen im Widerspruch mit den sonst geltenden Gesetzen über Pfanderwerb an solchen. Und wer sollte das Pfandrecht erwerben? Alle Gläubiger zusammen oder die einzelnen Gläubiger jeder für sich? Aber diese entbehren, als die verschiedenen Subjekte des Pfandrechtes gedacht, zum größten Theile des exekutorischen Titels. Die Beschlagnahme ist nicht der den Konkursanspruch erzeugende Rechtsgrund, vielmehr begründet umgekehrt dieser Anspruch die Beschlagnahme. Auch die Grenzen der Verhaftung der Gläubiger für die im Konkursverfahren erfolgten Veräußerung lassen sich bei Annahme eines allgemeinen Pfandrechtes nicht genügend konstruiren, vielmehr würde eine solche Annahme in den verschiedensten Richtungen sich als fehlerhaft und unzulänglich darstellen; denn dasselbe würde nur ein Veräußerungsrecht gewähren, nicht aber hinreichen, die übrigen Rechte des Gemeinschuldners nach

---

5) Z. B. Schweppe, das System des Konkurses der Gläubiger. 2. Aufl. §. 59.

6) Heffter, Institutionen S. 568 Nr. 8; W. H. Puchta, über den Konkursprozeß S. 17 u. S. 285; v. Bayer §. 29.

7) Auf Grund der l. 26 D. de pignerat. act. (13, 7) u. l. 25 D. de rebus auctor. jud. poss. (42, 5).

allen Richtungen zu verwerthen, wie z. B. nicht die schwebenden Verträge desselben zu erfüllen, die anhängigen Prozesse fortzuführen u. s. w., es würde nicht ein allgemeines Anfechtungsrecht begründen, und es würde vor Allem nicht den nothwendigen Dispositionsverlust des Gemeinschuldners in sich schließen."

Sonach genügt auch diese juristische Konstruktion nicht für die in Folge des Konkursausbruches erfolgenden Veränderungen.

Die Theorie des Gemeinen Rechtes gelangte zuletzt dahin, den Uebergang des Vermögens des Verganteten in eine Konkursmasse als eine Mischung von successio, Stellvertretung, Pfändung, cessio, datio in solutum, mandatum in rem propriam zu erkären [8]), womit indessen nicht viel gewonnen wäre.

Die deutsche KO. hat nun nicht nur keine der obigen Theorien sanktionirt, sondern sie steht überhaupt nicht auf dem Standpunkte, daß durch die Konkurseröffnung eine Verschiebung des Rechtverhältnisses zwischen Schuldner und Gläubiger stattfinde. „Die Gläubiger haben nach wie vor lediglich ein persönliches Recht gegen den Schuldner auf Befriedigung aus seinem Vermögen, sie sind nach wie vor nichts als die Gläubiger ihres Schuldners. Dieser bleibt in allen seinen Rechtsverhätnissen nach wie vor Rechtssubjekt; er bleibt Eigenthümer, Berechtigter, Verpflichteter. Er ist auch nach der Konkurseröffnung den Gläubigern gegenüber nichts als ihr Schuldner [9])."

Nur so viel wird den Gläubigern gewährt und dem Schuldner genommen, daß die ersteren in ihrem Konkursanspruche gesichert sind, daß der letztere dem Konkursanspruche der ersteren nicht mehr zuwiderhandeln kann. Hiezu bedarf es aber weder eines Wechsels im Eigenthum, noch auch der Einräumung eines dinglichen Rechtes oder überhaupt eines spezifischen Rechtes an diesem Eigenthume und am sonstigen Vermögen des Schuldners. Es genügt vollkommen, wenn dieser nicht mehr frei über sein Vermögen disponiren darf und wenn diese Disposition fortan nur im Sinne der Befriedigung des Konkursanspruches der sämmtlichen Gläubiger erfolgen kann.

2) Wenn es nun nach dem Vorhergehenden als das Hauptprinzip der Konkursordnung erscheint, daß dem Gemeinschuldner die Befugniß, sein Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen, entzogen und diese Befugniß einem Andern übertragen werde, so frägt sich: wer soll „der Andere" sein?

Nach dem Zwecke des Konkursverfahrens, welcher darin besteht, die

---

8) So hat schon Gensler im Archiv für civilistische Praxis Bd. II S. 348 sich geholfen.

9) So drückt sich Schultze S. 11 aus.

gemeinschaftliche und ausschließliche Befriedigung der sämmtlichen Gläubiger aus der Masse herbeizuführen, scheint es nun am einfachsten zu sein, diese Gläubiger zur Verwaltung und Verfügung über die Masse zu berufen. Denn wenn an Stelle des Gemeinschuldners hinsichtlich des Anspruches auf sein Vermögen dessen Gläubiger treten, und zwar einerseits gemeinsam, anderseits ausschließlich, so ergibt es sich gleichsam von selbst, daß diesen Gläubigern in ihrer Gesammtheit die Befugniß über das Vermögen des Gemeinschuldners, soweit es vom Konkurse ergriffen ist, zu verfügen und solches zu verwalten einzuräumen ist [10]). Nachdem aber in diesem Falle die Gläubiger nur insgesammt an Selle des Gemeinschuldners und nicht etwa jeder Gläubiger selbständig nebem dem anderen — wenn auch nur für seinen Antheil am Konkursanspruche — in Betracht zu kommen hat, so wird man unwillkürlich dazu geführt, die Gläubiger in eine Einheit zusammen zufassen (wie man denn auch gewöhnlich von einer Gläubigerschaft spricht [11]) und dieser Einheit als solcher eine Funktion im Konkursverfahren einzuräumen.

In solchem Falle aber müßte für diese Einheit eine juristische Basis gesucht werden und es sind hierüber die verschiedensten Theorien aufgestellt worden. Keine derselben befriedigt indessen vollkommen.

Am nächsten liegt natürlich die Idee, die Gläubiger als eine juristische (moralische) Person zu erklären [12]); allein eine solche Annahme ginge nicht nur weit über den Zweck der rechtlichen Aufstellung einer „Gläubiger-Gesammtheit" hinaus, sondern würde auch mit den Formen und Voraussetzungen der Bildung juristischer Personen nicht zu vereinigen sein und insbesondere dem Grundsatze widersprechen, daß eine juristische Person nicht ad certum tempus errichtet werden könne. Die Gläubigerschaft, als Personeneinheit gedacht, „führt kein von den Personen der einzelnen Gläubiger abgesondertes unabhängiges und selbständiges Dasein; sie hat als solche von dem Gemeinschudner Nichts zu fordern; es gibt kein Vermögensrecht, welches ihr verschieden von den einzelnen Gläubigern zustände." (Aus den Motiven zum II. Entw. S. 18.)

---

10) Vgl. die Motive zum I. Entw. S. 14. Die Pr. KO. sprach diesen Satz in §. 4 in aller Schärfe aus.

11) Wie unten erwähnt werden wird, ist in einigen Gesetzen dieser Ausdruck technisch; das gegenwärtige vermeidet ihn, im praktischen Leben aber kann man ihn immerhin anwenden, nur muß man ihm keine geheimnißvolle Bedeutung beilegen.

12) So Kori, System des Konkursprozesses S. 48. Auch Goltdammer (Commentar S. 77) sieht in der „Gläubigerschaft" eine universitas, bei welcher der Einzelne den Beschlüssen der Mehrheit unterworfen ist.

Diese Bedenken stehen nun allerdings der Annahme einer societas unter den Gläubigern nicht entgegen, weshalb einzelne Rechtslehrer [13]) die Konkursgläubiger als socii zu erklären suchen; indessen, wie v. Bayer (§. 29 Note 10) mit Recht bemerkt, fehlt die zur Entstehung einer jeden Gesellschaft unentbehrliche vertragsmäßige Uebereinkunft. In der französischen Gesetzgebung scheint diese letztere allerdings in dem contrat d'union des Code de commerce (Art. 500, 527, 528) zu liegen; allein demohngeachtet findet die französische Jurisprudenz in der „masse de créanciers" nicht eine société im technischen Sinne, sondern nur eine „thatsächliche Gesammtheit" der Gläubiger.

Auch eine communio incidens im Römischrechtlichen Sinne kann nicht angenommen werden, denn bei dieser gilt der Grundsatz „potiorem esse causam prohibentis" (l. 28 D. commun. divid. 10, 3), während bei den Berathungen und Beschlußfassungen der Konkursgläubigerschaft gerade das charakteristisch ist, daß die Minderzahl der Mehrheit sich fügen muß und also die Stimmenmajorität entscheidet [14]).

Man hat deshalb in der Doktrin [15]) durch die Annahme einer „Genossenschaft eigenthümlicher Art" sich zu helfen gesucht; „jedoch (wie die Motive zum I. Entw. S. 15 sich ausdrücken) wird hiemit Nichts erklärt und Nichts gewonnen."

Diesen Bedenken Rechnung tragend, gelangt man nothwendigerweise dahin, eine Gläubiger-Einheit, welche — mit besonderen rechtlichen Qualitäten ausgestattet — durch die Konkurseröffnung geschaffen werden sollte, überhaupt nicht anzunehmen, und die Motive bezeichnen daher die Idee einer „Gläubigergesammtheit", eines corpus creditorum [16]) als juristisch nicht haltbar und praktisch werthlos. Die KO. bedient sich daher nirgends des Ausdruckes „Gläubigerschaft."

Allein wenn man auch von einer solchen „Gläubigereinheit" absieht und wenn es wahr ist, daß auch nach der Konkurseröffnung die einzelnen Gläubiger nicht aufhören, „nach wie vor unter sich einzelne Gläubiger desselben Schuldners zu sein" [17]), so kann man doch unmöglich zugeben, daß dieselben durch die Konkursordnung in gar kein anderes Verhältniß zu einander kommen, als sie vorher zu einander gestanden sind. Man hat nun

---

13) Z. B. Gensler im Archiv für civil. Praxis Bd. II S. 353.

14) v. Bayer §. 29 Note 11.

15) So Koch, Recht der Forderungen Bd. I S. 656 u. 683 (2. Auflage).

16) Die Pr. KO. von 1855 und ebenso die Bayerische Prozeßordnung von 1869 bedienen sich durchweg dieses Ausdruckes.

17) Schultze S. 12.

in neuerer Zeit [18]) versucht, die Verbindung, welche durch die Konkurseröffnung zwischen den Gläubigern begründet wird, als ein lediglich formales d. h. prozessualisches Verhältniß zu erklären. Es sollen in Folge des Umstandes, daß die bei dem Konkursverfahren sich betheiligenden Gläubiger sowohl den formellen Konkursanspruch als auch nach dessen rechtskräftiger Feststellung im Konkurse selbst ihre materiellen Ansprüche (die Konkursforderungen) in einem und demselben Verfahren geltend machen, die Gläubiger als Streitgenossen im Sinne des §. 56 ff. der Civilprozeßordnung erscheinen.

Und zwar als einzelne selbständige Streitgenossen (§. 58 der Civilprozeßordnung), insoferne Jeder neben dem Andern seine Konkursforderung geltend macht; anderseits als qualifzirte Streitgenossen (§. 59 der Civilprozeßordnung), insoferne jeder Gläubiger von der nothwendigen Einheitlichkeit der Entscheidung über den Konkursanspruch (Eröffnung, Einstellung, Zwangsvergleich, Aufhebung, Wiedereröffnung des Konkurses) abhängig ist, oder dem einzelnen Gläubiger die übrigen seinen Anspruch bestreitend entgegenstehen.

Indessen muß sofort zugegeben werden [19]), daß „das aus der weitergehenden Aufgabe des Konkursverfahrens sich ergebende Verhältniß der Gläubiger zur Theilungsmasse, insbesondere also der Einfluß, welcher ihnen auf die Klarstellung, Herbeischaffung, Verwaltung und Verwerthung des zu ihrer Befriedigung bestimmten Objektes gebührte, aus dem Streitgenossenschaftsverhältnisse nicht erklären lasse.“

Es bleibt daher wahr, was die Motive (zum I. Entwurfe S. 17) sagen: Die Gläubiger eines Zahlungsunfähigen treten eben wegen dieser Zahlungsunfähigkeit in eine gewisse Verbindung, in eine zufällige Gemeinschaft [20]) von besonderer Beschaffenheit und mit bestimmtem Inhalte. In eine zufällige, denn wenn auch die Theilnahme an dem Verfahren dem Belieben des Einzelnen überlassen ist, entsteht doch die wechselseitige Verbindung unabhängig von seinem Willen durch die Existenz der anderen Forderungen, das Zahlungsunvermögen des Schuldners und die Kollission aller Gläubiger.

Die besondere Beschaffenheit und der besondere Inhalt dieser Gemeinschaft, das Charakteristische, welches das Verhältniß der Konkursgläubiger untereinander

---

18) Schultze S. 15 ff.

19) Schultze S. 19.

20) Nur darf man nicht, wie die Motive, von einer communio incidens sprechen, weil dieses römisch-rechtliche Verhältniß (wie oben erwähnt) nicht durchweg passen würde.

ander und das Konkursverfahren von jedem anderen Vertheilungsverfahren unterscheidet, wird sodann von den Motiven in Folgendem dargelegt:

„Die einzelnen Gläubiger bleiben die Rechtssubjekte, mit ihrem eigenen Recht. Aber das Befriedigungsrecht des Einzelnen erleidet durch den entstandenen Konkursanspruch eines Jeden rechtliche Beschränkung. Die Gemeinschaft hat zum Grund und Gegenstand: das Befriedigungsrecht eines jeden Gläubigers und das gesammte, unzureichende Vermögen des Gemeinschuldners; zum Zweck und Inhalt: die gemeinschaftliche Befriedigung Aller aus diesem Vermögen. Darum darf kein Gläubiger rücksichtslos gegen die Anderen sein einzelnes Befriedigungsrecht gegen den Schuldner verfolgen, darum dürfen Zwangsvollstreckungen zu Gunsten Einzelner nicht vorgenommen werden; das gleiche Recht Aller verlangt, daß Keiner seinen Anspruch anders als im gemeinschaftlichen Verfahren ausübe; es berechtigt Jeden, den Anspruch des Andern zu prüfen; es verhindert, daß der Einzelne ein Recht erlangt auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen, daß ein Gläubiger mit einer Schuld aufrechnen kann, die ein Aktivum der Konkursmasse bildet. Jede Vermehrung, jede Verminderung der Masse trifft alle Gläubiger gleichmäßig; keiner kann einseitig dieselbe im eigenen Interesse in Anspruch nehmen, die Verringerung der Schuldenmasse in Folge des Bestreitens angemeldeter Forderungen gereicht allen Gläubigern zu gleichem Vortheil, wenn auch nur eines Gläubigers Ermittelungen oder Schritte den Vortheil herbeigeführt haben. Und weil das gleiche Recht Aller bedenklich gefährdet ist, wenn ein einzelner Gläubiger leichtsinnig oder eigensüchtig sein Interesse auf Grund formalen Rechts durchsetzen kann, so müssen die Beschlüsse der Mehrheit die Minderheit binden."

Es ist aus dieser Darstellung ersichtlich, daß, so viele Momente die Gemeinschaftlichkeit der Interessen aller Gläubiger betonen, ebensoviele die Beschränkung des einen Gläubigers durch den andern in den Vordergrund stellen. Und da nicht blos der eine oder andere diese Beschränkungen ausübt, sondern jeder Andere, so nannte mein hochverehrter Lehrer, der berühmte Prozessualist Geheimrath von Bayer in seinen Vorlesungen den Konkurs mit besonderer Vorliebe ein „bellum omnium contra omnes" und entwickelte daraus als Grundsatz für Auslegung der Vorschriften und für Entscheidung in zweifelhaften Fällen: „im Konkurse muß jeder Gläubiger von seinem Rechte so viel aufgeben, daß jeder andere Gläubiger auch noch zu seinem Rechte gelangen kann; in demselben Verhältnisse, als der eine Gläubiger beschädigt wird, wird der andere weniger beschädigt, und indem durch die gegenseitige Bekämpfung der einzelnen Gläubiger die Begünstigung jedes Einzelnen verhindert wird, mindern sich die nothwendig eintretenden Beschädigungen auf ein gleichmäßiges Verhältniß."

3) Indessen tritt die Verbindung der Gläubiger als solche nicht als Subjekt auf. Als denjenigen, auf welchen das dem Gemeinschuldner in Folge der Konkursordnung entzogene Verwaltungs- und Verfügungsrecht über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen übergeht, bezeichnet vielmehr die KO. (§. 5 Abs. 2) den Konkursverwalter. Dieser Konkursverwalter, Massekurator (curator bonorum, mitunter auch Güterpfleger schlechthin genannt) bildet seit Ausbildung des modernen Konkursverfahrens [21]) ein nothwendiges Institut dieses Verfahrens. Seine rechtliche Stellung ist jedoch sehr bestritten.

Wenn man den Uebergang der schuldnerischen Vermögensrechte [22]) auf die Gesammtheit der Gläubiger einnimmt, so ergibt sich von selbst die Folgerung, daß der Konkursverwalter das Organ dieser Gesammtheit, daß er somit der Vertreter der Gläubigerschaft ist. Dies war denn auch gemeinrechtlich ziemlich allgemein anerkannt und ging in die meisten Partikulargesetzgebungen über.

Dagegen fanden sich von jeher auch Rechtslehrer [23]), welche den Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners erklärten und in einzelnen Gesetzen wurde diese Theorie gleichfalls anerkannt [24]).

Die KO. hat sich über die Frage nicht ausgesprochen; die Motive sagen: „welche Theorie die richtige ist, mag durch die Wissenschaft entschieden werden.“ Die Protokolle der Berathungskommission schweigen gleichfalls.

Während nun die Ansicht, daß der Konkursverwalter lediglich Vertreter der Gläubiger sei, meines Wissens in der Literatur der deutschen KO. keine Vertheidiger gefunden hat, spricht sich die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller für die Meinung aus, daß der Verwalter lediglich der Vertreter des Gemeinschuldners sei, und zwar „gleich einem Vormunde gesetzlicher Vertreter desselben bezüglich des Konkursvermögens“ [25]).

Die vielfachen Schwierigkeiten, in welche man, von dieser Theorie ausgehend, bei der praktischen Anwendung der einzelnen Bestimmungen geräth, zwingen indessen deren Anhänger zu mancherlei Modifikationen und Limitirungen. Es muß nämlich anerkannt werden, „daß die Thätigkeit des Konkursverwalters nicht wie diejenige des Vormunds im Interesse desjenigen, den er

---

21) Ueber das Historische vgl. Bayer §. 41 ff. Hienach besorgte im älteren RR. bei der venditio bonorum der Magister den Verkauf, die custodia aber blieb den Gläubigern obliegend.

22) Sei es des Vermögens selbst, sei es nur der Verwaltung desselben.

23) So schon die älteren Italiener; in neuerer Zeit besonders Fuchs (Concursverfahren S. 53).

24) So z. B. die Hannoveranische Prozeßordnung.

25) Fitting §. 5. II. Vgl. auch Fuchs S. 103. Mandry S. 343 u. 523. Petersen S. 38 ff. v. Sarwey S. (25) 30. Wengler S. 92. v. Wilmowski S. 44.

vertritt, sondern im Interesse der Gläubiger desselben stattfindet, daß er daher zu Manchem befugt ist, wozu der Gemeinschuldner selbst oder ein Vormund desselben nicht befugt wäre [26])."

Doch auch damit reicht man nicht, denn es handelt sich beim Verhältniß des Gemeinschuldners zu dem Konkursverwalter überhaupt gar nicht um den Ersatz oder die Ergänzung einer ganz oder zum Theil dem Vertretenen fehlenden Vertragsfähigkeit; der angeblich von letzterem Vertretene steht vielmehr nicht nur handlungs- und vertragsfähig neben seinem angeblichen Vertreter, sondern er tritt ihm mitunter sogar geradezu als Gegner gegenüber. Das Gesetz gestattet (§. 115) dem Verwalter, den Gemeinschuldner zum Manifestationseide zu treiben, der Verwalter ist (§. 29) derjenige, welcher die Handlungen des Gemeinschuldners anzufechten hat [27]), er setzt das von einem Gläubiger begonnene Vollstreckungsverfahren in unbewegliches Vermögen des Gemeinschuldners fort [28]); und wäre der Verwalter wirklich der Repräsentant des Gemeinschuldners, so würde im Falle des §. 51 Ziff. 3 dieser sein eigener Gläubiger und sein eigener Schuldner sein.

Alle Versuche, diesen Unmöglichkeiten auszuweichen, scheinen mir vergeblich.

Man ist bis zur Einräumung einer „staatsanwaltschaftlichen Stellung des Verwalters dem Gemeinschuldner gegenüber" gegangen [29]), man hat die Analogie des älteren Römischen Rechtes, in welchem der Pfandgläubiger den Pfandverkauf Namens des Verpfänders vornimmt, angezogen [30]), man substituirt im Falle des §. 51 Ziff. 3 (vergl. unten) dem einfachen Schuldverhältniß einen „Vertrag auf Freigabe eines aliquoten Theils der Masse." Und Einige [31]) theilen sogar die Stellung des Verwalters und geben zu, daß er nur in der Regel Vertreter des Gemeinschuldners sei, in gewissen Fällen aber Vertreter der Gläubiger.

Ich bin ohngeachtet der vielfach mir gemachten Einwendungen und nach nochmaliger sorgfältiger Abwägung aller Gründe nicht in der Lage, meine frühere Ansicht zu ändern. Ich kann mir einen Repräsentanten, der nicht das Interesse des Repräsentirten, sondern andere Interessen vertritt, nicht denken, ich kann mich nicht darein finden, daß der Verwalter bald diese, bald die entgegengesetzte Person vertritt und muß meinen Satz aufrecht erhalten:

26) Fitting. Aber frage ich, kann ein Stellvertreter mehr Recht haben als derjenige, aus dessen Person er sein Recht ableitet?

27) Daß dem curator bonorum die actio Pauliana zusteht (l. 1 pr. D. 42, 8), ist von jeher als Beweis angeführt worden, daß er nicht Vertreter des Cridar sein kann.

28) Er würde also als Vertreter des Gemeinschuldners sich selbst exequiren.

29) So. v. Wilmowski S. 266.

30) So Fitting §. 7 Note 25.

31) So Schultze S. 64 ff. Dernburg Bd. II S. 277.

nach der Deutschen Konkursordnung **vertritt** der **Verwalter** **weder** den **Gemeinschuldner**, **noch** die **Gläubiger**, er **ist** der **gesetzliche Güterpfleger** der **Konkursmasse**. Er ist also rechtlich der Stellvertreter des durch die Konkurseröffnung der Disposition des Gemeinschuldners entzogenen und zu einem durch den ihm gesetzlich zugewiesenen Zweck der Befriedigung der Gläubiger selbständig gewordenen Vermögens[32]).

4) Im Gemeinen Deutschen Konkursprozesse findet sich neben dem Kurator ein besonderer Konkursvertreter oder **Kontradiktor**[33]). Während Jenem obliegt, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen herbeizuschaffen, zu verwalten und zu versilbern sowie die Prozesse zu führen, welche eine Vermehrung oder Verminderung der Konkursmasse zum Erfolg haben, ist es die Funktion des Kontradiktors, den Kreis und die Rechte der Gläubiger festzustellen, welche an der Konkursmasse und ihrer Vertheilung partizipiren wollen; er hat diese Ansprüche zu prüfen, die unrichtigen zu bestreiten und die Prozesse über die streitigen zu führen[34]). Auch betreffs seiner ist man nicht einig, ob er die übrigen Gläubiger (die Gläubigerschaft) oder den Gemeinschuldner[35]) vertritt. Immerhin beruht die Trennung der Funktionen eines Kontradiktors und eine Kurators nur auf der verschiedenen Thätigkeit in der Feststellung der Aktiv- und Passivmasse. Diese Thätigkeiten sind nicht innerlich gegensätzliche, die Trennung daher nicht nothwendig. Sie ist unzweckmäßig. Denn der Kurator muß, um die Aktivmasse festzustellen, auch die Schulden des Kridars prüfen. Ein zweites

---

32) Mit mir stimmen überein **Meisner** S. XXXVII Note 15 und **Stieglitz** S. 41 und (naturam expellas furca) auch meinen Gegnern passirt es beständig, daß sie die Masse handelnd auftreten lassen. Ueberdieß, wie **Schultze** zugeben muß (S. 37), „begegnet man obiger Anschauung in der Rechtsprechung auf Schritt und Tritt"; wohl der beste Beweis, daß sie allein dem praktischen Leben entspricht. Die wissenschaftliche Ketzerei („die unklarste Auffassung", Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 25 S. 359), daß damit der Verwalter als Vertreter eines Vermögens**objektes** erscheine, will ich gerne und mit Bewußtsein auf mich nehmen. Die Zukunft gehört der Personifikation der Verkehrskomplexe; das „Geschäft", die „Gesellschaft", die „Konkursmasse" werden im Leben schon jetzt allgemein als Rechtssubjekte angesehen, die Jurisprudenz wird allmälig sich dem Leben anbequemen und dafür eine wissenschaftliche Konstruktion, vielleicht durch Ausbildung der **Brinz**'schen Lehre vom „Zweckvermögen", schaffen müssen.

33) Ein eigenes Buch hierüber schrieb **Stepf**: Lehre vom Contradiktor, Lpzg. 1821.

34) Im Oesterreichischen Rechte hieß er deshalb sogar: „Masseverwalter".

35) **Kreittmayr** sagt in seinen Anmerkungen: der contradictor communis sei jene Person, welche von dem Richter bestellt ist, um den abwesenden oder verstorbenen Schuldner gegen die Gläubiger in concursu zu vertreten.

Amt in einer anderen Hand erfordert unnützen Zeit- und Kostenaufwand. Die Vereinigung der beiden Funktionen in einer Person geschieht deshalb häufig schon jetzt in der gemeinrechtlichen Praxis, ist vielfach, auch für das Gebiet des Gemeinen Rechts, in Partikulargesetzen vorgeschrieben und ist in den neueren größeren Legislationen, von der Preußischen Konkursordnung an, ausnahmslos angenommen. Hiebei hat es denn auch das gegenwärtige Gesetz belassen; der Konkursverwalter. im Sinne der Deutschen Konkursordnung, vereinigt in sich die Funktionen des Kurators und Kontradiktors. (Aus den Motiven.) Man könnte sogar sagen: das Gesetz hat in der Normirung der Funktion des Verwalters den Kontradiktor ganz besonders im Auge gehabt; das Hauptmoment zum Beispiel in der Bestellung des letzteren, daß er vom Gericht ernannt wird, ist nun auf den Konkursverwalter übergegangen.

5) Aus dem Begriffe des „Konkurses", welcher eine Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens zur effektiven Befriedigung der Gläubiger, die Unfähigkeit des Schuldners, seine Schulden zu zahlen, voraussetzt, folgt, daß an und für sich das gesammte Hab und Gut des Gemeinschuldners vom Konkursverfahren ergriffen werden muß; denn erst dann stellt sich faktisch heraus, in wie weit dasselbe ein zur Befriedigung der Gläubiger unzureichendes ist. Dies war der Standpunkt des Gemeinen Rechtes; die Doktrin und die in die Deutschen Partikulargesetzgebungen übergegangene Praxis hielten im ausgedehntesten Maße daran fest, daß jedes Vermögensstück, welches dem Gemeinschuldner gehöre, zur Konkursmasse zu nehmen sei, und daß Jeder, der von dem Gemeinschuldner aus was immer für einem Grunde Etwas zu fordern habe, in dem Konkurse sich zu melden und an dem gemeinsamen Verfahren sich zu betheiligen verpflichtet sei.

Diese Auffassung hat viele praktische Nachtheile und die Motive[36]) führen dies näher aus. „Die dinglichen Gläubiger (so drücken dieselben in wahrhaft dramatischer Weise sich aus) würden, ohne daß ein Konkursverfahren eröffnet worden, berechtigt und in der Lage sein, gegen Jedermann — sei es gegen den Gemeinschuldner und dessen Rechtsnachfolger, sei es gegenüber einem persönlichen Gläubiger und jedem Dritten — ihre Befriedigung aus dem Pfande zu verfolgen. Sie haben von dem Konkursverfahren nicht den geringsten Vortheil, dasselbe erfolgt für die persönlichen Gläubiger. Wie will man es rechtfertigen, daß im Konkursverfahren die Kosten desselben oder die durch Verwaltung der übrigen Gegenstände entstehenden

36) Vgl. Motive zum I. Entw. S. 26, wo namentlich die aus dieser Ansicht verbunden mit dem Institute der stillschweigenden und generellen Hypotheken sich entwickelnden Uebelstände näher dargelegt werden. Die Ausführung ist in die Motive zum II. Entw. S. 27 wörtlich übergegangen.

Massaschulden aus den Pfandstücken vorweg genommen werden sollen? Das heißt die dinglich gesicherten Gläubiger um einen Theil ihrer Forderungen bringen. Aus welchem Grunde soll ihre Befriedigung so lange ausgesetzt bleiben, bis die übrigen, sie nicht im mindesten interessirenden Personen ihre Ansprüche, Forderungen und Vorrechte angemeldet, nachgewiesen und rechtskräftig erstritten haben, bis die übrigen, mit ihrem Absonderungsrecht in keinem Zusammenhang stehenden Gegenstände der allgemeinen Masse veräußert oder eingezogen worden sind? Das gleicht einer Rechtsverweigerung. Die dinglichen Gläubiger befinden sich — ohne ein Konkursverfahren — im Besitz des Pfandes oder sie sind befugt, sich in den Besitz desselben zu setzen, — man hält sie an, das Pfand zur Konkursmasse abzuliefern. Ihr dingliches Recht giebt ihnen die Befugniß, die Verwaltung, Benutzung und Verwerthung des Pfandes so eintreten zu lassen, wie es ausschließlich ihnen zu ihrer Befriedigung am geeignesten erscheint, — man entzieht ihnen die Verwaltung und Verfügung und verleiht sie dem den Kridar oder die Konkursgläubiger vertretenden Kurator, oder man gewährt bei der Verwaltung und Verwerthung der Pfandstücke eine überwiegende Mitwirkung den persönlichen Gläubigern, auch wenn es wahrscheinlich oder gewiß ist, daß nicht das Geringste zur Befriedigung dieser übrig bleiben wird. Und wohin führt die gemeinsame Verwaltung der Pfandstücke und der übrigen Gegenstände der Masse? Die Einkünfte und der Erlös von jenen fließen mit diesen zusammen, sie werden gemeinsam angelegt, aus Zinsen und Kapital der angelegten Gelder werden diese und jene Summen ohne Unterschied gezahlt, und es entsteht ein so verworrener Zustand, daß man nur durch eine mühsame Gesammtrechnung, welche alle Einnahmen und alle Ausgaben umfassen muß und deshalb erst zum Schluß der ganzen Prozedur möglich ist, wieder ins Reine kommen kann. Wenn nur wenigstens alle diese Nachtheile den persönlichen Gläubigern überwiegende Vortheile brächten; aber selbst die persönlichen Gläubiger leiden durch die Verkettung mit den Realgläubigern. Auch sie müssen mit ihrer Befriedigung warten, bis die Streitigkeiten der Realgläubiger über ihre Forderungen und ihre Rangordnung in dem allgemeinen Verfahren oder durch besondere Prozesse zum Austrag gebracht worden sind. Bis dahin darf auch die allgemeine Masse nicht vertheilt werden, und doch wird in den seltensten Fällen aus den Pfandstücken Etwas zu dieser fließen."

Diese Erwägungen und die Rücksicht auf möglichste Hebung des Realkredites haben dahin geführt, daß einzelne Gesetzgebungen [37]) die Hypo-

37) Daß eine Trennung der dinglichen Gläubiger vom Konkursverfahren schon im Römischen Rechte der älteren Zeit stattfand, führt v. Bayer §. 10 aus; und wenigstens für den Faustpfandgläubiger war dies im älteren Deutschen und Italienischen Rechte auch der Fall; vgl. Fuchs, Concursverfahren §. 7.

thek- und Faustpfandgläubiger völlig aus dem Konkursverfahren ausschieden, oder auch sogar, wenigstens über die Immobilien des Gemeinschuldners, einen sogenannten Partikularkonkurs eröffnen ließen[38]).

In dieser extremen Weise nun führt die Deutsche Konkursordnung die Stellung der Realgläubiger nicht durch. Sie hält dem Begriffe des Konkurses gemäß daran fest[39]), daß auch die Pfandstücke dem Gemeinschuldner und zur Konkursmasse gehören, woraus sich die Folgerungen ergeben:

a) daß neue Gläubiger, deren Forderungen nach der Konkurseröffnung entstehen, Ansprüche auf dieselben nicht geltend machen können,

b) daß, wenn ein Realgläubiger seinen dinglichen Anspruch auf gesonderte Befriedigung aus der Sache nicht geltend macht — sei es, weil er dies nicht in seinem Interesse erachtet, oder weil er den Termin versäumt oder weil er den Anspruch überhaupt zur Zeit noch nicht geltend machen kann —, dann das Pfandstück wie jeder andere Massebestandtheil behandelt wird [40]),

---

38) Im Französischen Rechte hat sich die Sache folgendermaßen gestaltet: der Code civil schafft die stillschweigenden Hypotheken der Regel nach ab, läßt aber vier Ausnahmen bestehen: er beschränkt die Hypotheken auf Grundstücke und fordert als Regel zu ihrer Dinglichkeit die Inskription, gewährt aber den gesetzlichen Hypotheken der Ehefrauen und Kinder auch ohne Eintragung dingliche Kraft, — art. 2118, 2119, 2121, 2134; vor allem aber paralysirt er die Beseitigung der stillschweigenden Hypotheken durch die Einführung der generellen und speziellen Privilegien, zumal diese den Hypotheken vorangehen, — art. 2094, 2095, 2100, 2105. Dem entsprechend verfolgt der Code de commerce sowol wie das Fallimentsgesetz von 1838 im Prinzip den Gedanken, die dinglichen Gläubiger in der Ausübung ihrer Rechte unabhängig vom Falliment zu stellen, — Code art. 539 ff.; Fall.-Ges. art. 433, 501, 571, 552 ff., läßt den Faustpfandgläubigern das Pfandstück, — Code civ. 2073 ff., Code de commerce 535 ff., Fall.-Ges. 546 ff., und hält die Pfand- und Hypothekengläubiger vom Konkordat fern, — Code 520, Fall.-Ges. 501, 508; — nichtsdestoweniger nehmen die Hypothekgläubiger dennoch an der union Theil, Code 527, Fall.-Ges. 529, — sind durch die union, wie überhaupt durch das falliment in der Zeit der Geltendmachung ihrer dinglichen Rechte beschränkt, Code 532, Fall.-Ges. 572, 450, und müssen zu den allgemeinen Massekosten beitragen; die Vertheilung der Immobiliarmasse wird mit der Mobiliarmasse in Verbindung gebracht, Code 539 ff.; Fall.-Ges. 552 ff. — und der an einzelnen Mobilien Privilegirte nimmt gleich dem gemeinrechtlichen hypothecarius am allgemeinen Verfahren Theil, Code 533, Fall.-Ges. 551. — (Aus den Motiven.)

39) Vgl. Motive zu §. 3 des II. Entw.

40) Natürlich bleiben die darauf haftenden dinglichen Rechte vorbehalten.

c) daß der nach Berichtigung der bestandenen Realansprüche verbleibende Rest des Pfanderlöses ohne Weiteres als Bestandtheil der Konkursmasse behandelt werden darf.

Dagegen aber vermengt anderseits die Deutsche Konkursordnung die Ausübung der dinglichen Rechte der Realgläubiger nicht mit der Befriedigung der Schulden des Gemeinschuldners im Wege des Konkursverfahrens. Sie hält an dem Grundsatze fest, daß die Wirkungen des dinglichen Rechtes von dem Konkurse nicht betroffen werden und daß die Befriedigung der Realgläubiger selbstständig und abgesondert vor sich geht. Die näheren Erörterungen über diese Fragen werden am geeigneten Orte gegeben werden.

6) Der Satz, daß das gesammte Vermögen des Schuldners zur Masse gezogen werden soll, hat eine natürliche Schranke durch die Beschaffenheit der menschlichen Verhältnisse, welche sich in Raum und Zeit bewegen; es muß eine Frist auch hiefür gestellt, es muß ein bestimmter Zeitpunkt festgehalten werden, an welchem die Masse als geschlossen angesehen wird; denn außerdem würde ja der Konkurs niemals ein Ende haben, und die Vertheilung unter die Konkursgläubiger könnte (wenigstens definitiv) niemals stattfinden. Als dieser Zeitpunkt läßt sich eigentlich (von willkürlichen und daher unpraktischen Bestimmungen abgesehen) nur ein zweifacher denken, nämlich entweder das Ende oder der Anfang des Konkursverfahrens; denn daß das Vermögen, was zu Anfang des Konkurses nicht mehr vorhanden ist, auch nicht mehr zur Befriedigung der Gläubiger dienen kann, ist eben so klar, als daß, was nach geschlossenem Verfahren dem Schuldner anfällt, nicht mehr in das Verfahren gezogen zu werden vermag, weil eben dieses geschlossen ist[41]). Es erübrigt sonach nur die Frage: wie ist das Vermögen zu behandeln, dessen Erwerb zwischen den Anfang und das Ende des Konkursverfahrens fällt?

Diese Frage, ob auch dasjenige Vermögen in die Konkursmasse zu ziehen ist, welches der Gemeinschuldner während des Konkurses erwirbt, ist in Doktrin und Praxis[42]) gleich bestritten gewesen. Für das Gemeine Recht bejahen die Frage v. Bayer (§. 26), Schweppe (§. 35), Puchta (Konkursprozeß § 25) und Fuchs (Concursverfahren

---

41) Der erste Satz wird durch das Anfechtungsrecht gegen gewisse Verfügungen aus der Zeit vor dem Konkurse scheinbar modifizirt, der letztere durch die Mittel gegen den Schuldner, der ad pinguiorem fortunam gelangt ist.

42) Ueber die Partikulargesetzgebungen enthalten die Motive zum II. Entwurf S. 9 ausführliche Nachweisungen; die meisten, so das Bremer und Lübecker, das Dänische, Französische, Belgische, Spanische und Englische Recht bejahen die Frage.

§. 13), während Gensler (a. a. O. S. 356) und verschiedene bei Seuffert[43]) citirte Urtheile dasselbe verneinen[44]).

Das Bayerische Recht, sowohl das ältere wie die Prozeßordnung von 1869 (Art. 1208) zogen den während des Konkurses anfallenden Erwerb zur Masse und ebenso die Preußische Konkursordnung von 1855 in §. 1. Diesem Systeme folgten denn auch der Preußische Entwurf des Handelsgesetzbuches §. 698 und der erste Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung §. 1. Die vom Bundesrathe gewählte Kommission stellte sich dagegen auf den entgegengesetzten Standpunkt und so enthält nun der §. 1 des II. Entwurfes die bisher unter den Gesetzgebungen nur der Hannoveranischen Prozeßordnung § 619 eigenthümliche Neuerung. In der Berathung der Reichstäglichen Kommission wurde nochmals versucht, den früheren Entwurf wenigstens theilweise wiederherzustellen, allein dieser Versuch mißlang in erster Lesung mit allen gegen zwei Stimmen, in zweiter mit allen gegen drei. (K.Prt. S. 1—3, 145—147).

Bei dieser völligen Umkehr der Gesetzgebung im letzten Stadium erscheint es zum vollen Verständniß der Sache wohl nothwendig, sowohl die Motive für den ersten wie jene für den zweiten Entwurf ausführlich zu geben und sollen diese hier folgen:

Die Motive zum I. Entwurf (S. 19) besagten:

„schon bei einer gewöhnlichen Zwangsvollstreckung seien auch diejenigen Gegenstände einer Pfändung unterworfen, welche der Schuldner erst nach dem Auftrage zur Zwangsvollstreckung erworben habe; es bedürfe wegen dieser keiner Erneuerung des Auftrags. Nun sei doch das Konkursverfahren offenbar noch mehr als eine solche Zwangsvollstreckung. Es bezwecke ja die Befriedigung aller Gläubiger aus dem gesammten Vermögen des Schuldners und werde unter der Annahme eröffnet, daß zur Zeit selbst das gesammte Vermögen zur Befriedigung Aller nicht ausreiche. Dies abzumessen sei um so weniger möglich, als der Kreis der Gläubiger nicht zu einer bestimmten Zeit geschlossen werde, und bis zur Vertheilung der Masse

43) Archiv für Entscheidungen oberster Gerichtshöfe Bd. VI Nr. 112, Bd. X Nr. 322, Bd. XIX Nr. 287 und auch ein Urtheil des Reichsoberhandelsgerichtes v. 23. Januar 1874. (Nach den Motiven.)

44) Dabelow, Entwurf der Lehre vom Konkurse (1801) unterscheidet, ob bei dem Konkurse eine Güterabtretung vorkam oder nicht. In dem ersten Falle soll der Masse nur das zur Zeit der Güterabtretung vorhandene Vermögen und die dem Schuldner damals zuständigen Rechte — in dem zweiten Falle hingegen auch das bis zur Beendigung des Konkurses vorhandene Vermögen begreifen.

jeder Gläubiger mit seinen Ansprüchen auf Befriedigung auftreten könne.

„Man werde deshalb nothwendig dahin gedrängt, auch dasjenige, was der Schuldner während des Verfahrens erwerbe, zur Theilungsmasse zu nehmen. Entzogen werden könne dieses Vermögen den Gläubigern ohnehin nicht: sie seien ohne Zweifel berechtigt, sich auch an dieses zu halten. Den neuen Erwerb von den Wirkungen des Verfahrens auszuschließen, würde die Gläubiger zwingen, neben dem allgemeinen ein besonderes Konkursverfahren über den Erwerb zu beginnen. Dann könnten leicht zwei, drei und mehrere Konkurse nach und neben einander über denselben Gemeinschuldner entstehen. Dadurch aber würde die Befriedigung der Gläubiger einer unverantwortlichen Verzögerung, Erschwerung und Vertheuerung ausgesetzt. Und inzwischen, bis zur Eröffnung des neuen Konkurses, bliebe der Erwerb der freien Verfügung des Schuldners und damit auch der Möglichkeit eines unlauteren Handelns überlassen.

„Man führe hiergegen an: „„Durch das Heranziehen des neuen Erwerbes zur Konkursmasse werde sowohl der Schuldner als dessen neue Gläubiger in ihren Rechten gekränkt; dem Gemeinschuldner werde der Kredit und dadurch jeder neue Erwerb abgeschnitten."" Dies geschehe aber keineswegs. Umgekehrt sporne sogar das Gesetz den Schuldner zu neuem Erwerb an, und es sichere denjenigen, welche aus einem neuen Geschäft Etwas zu fordern haben, das Recht, aus dem Gegenstande dieses Geschäfts befriedigt zu werden. Die Konkurrenz anderer neuer Forderungen könne allerdings nicht zugelassen werden; einerseits würde sie zu Unrecht die Befriedigung der zur Zeit der Konkurseröffnung bereits vorhandenen Gläubiger schmälern, andererseits könne man hier mit Recht geltend machen, daß derjenige, welcher trotz ausgebrochenen Konkurses dem Gemeinschuldner allgemeinen Kredit gewähre, sich selbst die Folgen davon zuzuschreiben habe. Wegen des ausnahmsweisen Falls aber, daß Jemand ohne sein Zuthun, zufolge einer unerlaubten Handlung des Gemeinschuldners, Etwas zu fordern erlange, könne der geschlossene Kreis der theilnahmeberechtigten Gläubiger nicht füglich durchbrochen werden".

Hiegegen bringen die Motive zum II. Entwurfe vor:

„Die Analogie der Zwangsvollstreckung dürfe für das Konkursverfahren nicht als maßgebend erachtet werden, allgemein juristischer Grundsatz aber sei es, daß künftiges Vermögen, künftiger Erwerb und Verdienst rechtlich nicht in Beschlag genommen werden könne;

entscheidend endlich für die Beantwortung der Frage seien jedenfalls die Grundsätze der Billigkeit und wirthschaftliche Rücksichten. Wenn mit dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung das ganze gegenwärtige Vermögen als eine Masse für die Konkursgläubiger vor dem Hinzutritt neuer Gläubiger abgesondert werde, so müsse derselbe Zeitpunkt auch das Absonderungsrecht der Konkursgläubiger und den Umfang der Masse begrenzen. Der Gemeinschuldner bleibe handlungsfähig und berechtigt, neue Geschäfte und Verbindlichkeiten einzugehen. Es würde ungerecht sein, die neuen Gläubiger von seinem neuen Erwerbe auszuschließen. Man suche vergebens das Unrecht dadurch zu vermeiden, daß man von dem neuen Erwerbe nur den Reinertrag zur Konkursmasse ziehe. Es lasse sich nicht bestimmen, welche Schulden auf dem Erwerbe lasten und welche nicht. Ein Darlehen, mittelst dessen der Gemeinschuldner einen Erwerb gemacht habe, würde von diesem schwerlich in Abzug gebracht werden können. Die Schwierigkeiten würden sich vermehren, sobald nicht einzelne Geschäfte in Frage stünden, sondern der Gemeinschuldner in eine, mehrfache Geschäfte in sich schließende Unternehmung eingetreten sei. Dann sei die Konnexität der Schulden und des Erworbenen noch weniger festzustellen und noch weniger zu bestimmen, ob und wie lange der Gemeinschuldner, oder ob und mit welchem Augenblicke der Konkursverwalter dem Kontrahenten des Ersteren gegenüber berechtigt erscheine, über die erworbenen Gegenstände zu verfügen. Der Erwerb aus allen neuen Geschäften müsse dem Gemeinschuldner verbleiben; alle neuen Gläubiger müßten, so lange das Absonderungsrecht der Konkursgläubiger an dem bisherigen Vermögen dauere, durch diese unbehindert aus dem neuen Erwerbe Befriedigung suchen können.

„Das Interesse der Konkursgläubiger erfordere auch keineswegs, daß Alles, was der Gemeinschuldner erwerbe, der Konkursmasse zufalle. Die Erfahrung habe nur zu oft erwiesen, daß dadurch der Gemeinschuldner, wo nicht gar zur Verheimlichung vorhandenen Vermögens verleitet, so doch entweder zur gleichgültigen Trägheit veranlaßt, oder trotz angestrengter Versuche außer Stand gesetzt werde, zu besserem Vermögen zu gelangen. Dem Gemeinschuldner müsse die Kreditfähigkeit wieder eröffnet werden. Das sei nur möglich, wenn während der Dauer des Konkurses der neue Erwerb den Angriffen der Konkursgläubiger entzogen werde. Die Gefahr, daß der Gemeinschuldner, um sich die Angriffe der alten Gläubiger möglichst fern zu halten, versuchen möchte, das Verfahren in die Länge zu ziehen, sei nicht groß, er habe eine zu geringe Einwirkung auf eine

langsame und ein zu natürliches Interesse an der schnellen Beendigung des Konkurses. Je länger aber das Verfahren dauern würde, desto unbilliger würde es gegen den Gemeinschuldner sein, ihm allen Erwerb zu nehmen, und je öfter ein neuerer Erwerb zur Masse gezogen würde, desto unabsehbarer würde sich die Dauer des Verfahrens verlängern. Diese Uebel seien größer als die Möglichkeit, daß neben dem alten Konkurse auf Antrag der neuen Gläubiger gleichzeitig ein zweiter Konkurs eröffnet werden könnte; möglich sei dies, aber kaum wahrscheinlich, wenn der neue Erwerb während der Dauer des ersteren nicht den alten, sondern ausschließlich den neuen Gläubigern zur Befriedigung bestimmt werde."

Dies sind die beiderseitigen Gründe; zu untersuchen, welche derselben überwiegen, wäre jetzt, nachdem das Gesetz gesprochen, überflüssig; ich für meinen Theil halte die getroffene Entscheidung für die legislativ richtige. Ohnehin wird hiebei eigentlich de lana caprina gestritten[46]); praktisch ist die ganze Frage überhaupt nur für anfallende Erbschaften und Vermächtnisse[47]); denn der Erwerb eines in Konkurs Befindlichen durch persönliche Thätigkeit wird gewöhnlich seiner Natur nach sich dem Zugriffe der Konkursgläubiger von selbst entziehen[48]) und der Erwerb durch „Glücksfälle" gehört leider zu den „seltensten Seltenheiten", so daß man für ihn nicht wohl ein Gesetz zu machen braucht. Wenn aber wirklich einmal ein Gantirer während des Konkurses das große Loos gewinnen sollte, nun — so ist

---

46) Demohngeachtet ist kaum über einen Punkt so lebhaft debattirt worden, wie über diesen; sogar eine Druckschrift ist vor der zweiten Berathung über die Frage unter die Kommissionsmitglieder vertheilt worden, vgl. K.Prt. S. 146.

47) Und auch hier bestätigte (K.Prt. S. 3) Abgeordneter Ausfeld, daß ihm in einer 30jährigen Praxis nur ein einziger Fall vorgekommen sei, in welchem eine während eines Konkurses angefallene Erbschaft vom Schuldner ausgeschlagen wurde.

48) Auch die meisten derjenigen Partikulargesetzgebungen, welche den Erwerb während des Konkurses zur Masse ziehen, schließen den persönlichen Verdienst hievon aus, so z. B. die Bremer Debitverordnung, §§. 49, 53, und die Lübecker Konkursordnung, §§. 57, 64. Der Pr.H.E. §. 813 hatte den Satz gleichfalls adoptirt, und auch Berichterstatter v. Bahl, welcher in der Kommission den obenerwähnten Antrag auf Umänderung des Systems des II. Entwurfes und die Rückkehr zu demjenigen des I. Entwurfes stellte, hatte vorgeschlagen, beizufügen: „Was der Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens durch persönliche Thätigkeit erwirbt, gehört nicht zur Konkursmasse".

es ihm zu gönnen, und der zahlt vermuthlich seine Gläubiger auch ohne gesetzlichen Zwang.

Aber auch bei den Erbschaften und Vermächtnissen dreht sich der Streit mehr um die Frage der Stellvertretung bei dem Anfalle, als über den Anfall selbst, worüber bei §. 1 Note g B. 6 u. §. 122 Ziff. 2 das Nähere erläutert werden wird.

---

§. 1.

Umfang der Konkursmasse. Exekutionsfähiges Vermögen*).
Gesetzliches Nießbrauchsrecht. Kompetenzanspruch.
Ausnahmen von der Exekutionsfreiheit für den Konkurs.

Das Konkursverfahren[a]) umfaßt das gesammte[b]) einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen[c]) des Gemeinschuldners[d]), welches ihm[e]) zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens[f]) gehört[g]) (Konkursmasse).

Der Nießbrauch[h]), welcher dem Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens[i]) an dem Vermögen seiner Ehefrau[k]) oder seiner Kinder[l]) nach den Landesgesetzen zusteht, gehört zur Konkursmasse[m]). Aus den Nutzungen kann der Gemeinschuldner[n]) die Mittel beanspruchen[o]), welche zu seinem angemessenen[p]) Unterhalte und dazu erforderlich sind[q]), um eine gesetzliche Verpflichtung desselben[r]) zum Unterhalte seiner Ehefrau oder zum Unterhalte und zur Erziehung seiner Kinder zu erfüllen.

Die im §. 715 Nr. 5, 8 der Civilprozeßordnung und in §. 29 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871 vorgesehenen Beschränkungen kommen im Konkursverfahren nicht zur Anwendung[s]).

I. u. II. E. §. 1; Pr.H.E. §. 698; Pr.K.O. §. 1. B.P.O. Art. 1208 Abs. 2 u. 3. I. E. §. 2; II. E. §. 1 Abs. 2; Pr.H.E. § 748; Pr.K.O. §. 93 u. 162; B.P.O. Art. 1209 Abs. 5; K.Pr. S. 7 u. 147.

a. (Konkursverfahren).

Der Ausdruck „Konkursverfahren", dessen sich das Gesetz im Eingange des §. 1 bedient, ist extensiv zu interpretiren; denn nicht nur die im zweiten Buche der Konkursordnung (welches mit dem technischen Namen „Konkursverfahren" überschrieben ist) enthaltenen formellen Vorschriften, sondern auch die sämmtlichen Bestimmungen des materiellen Konkursrechtes finden nur auf dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners Anwendung, welches

*) Diese jedem Paragraphen vorgesetzten Ueberschriften, welche eine kurze Inhaltsangabe enthalten, sind dem Inhaltsverzeichnisse der Motive entnommen.

4*

der §. 1 näher bezeichnet. Indessen darf hinwiederum unter dem Ausdrucke „Konkursverfahren" nicht dieses Verfahren in abstracto, sondern nur das jeweilige Verfahren des einzelnen Falles begriffen werden. Es will also der §. 1 nicht sagen: dasjenige Vermögen, welches zur Zeit der Eröffnung eines Konkurses noch nicht dem Gemeinschuldner gehört, ist von jedem Konkursverfahren frei, sondern nur: in diesen konkreten Konkurs kann es nicht gezogen werden, das heißt: der jeweilige Konkurs umfaßt lediglich das momentan vorhandene Vermögen. Wenn demnach z. B. der Kurzwaarenhändler Ameyer am 1. Januar 1880 seine Zahlungen einstellt, so fällt in den nun zu eröffnenden Konkurs nur dasjenige Vermögen, welches ihm am 1. Januar 1880 gehört; beginnt er dann am 1. Februar 1880 eine Liqueurfabrik und prosperirt, so darf zwar in den laufenden Konkurs dieses neu erworbene Vermögen nicht gezogen werden, allein wenn Ameyer am 1. Juli 1881 abermals fallirt, so kann das inzwischen neu erworbene Vermögen allerdings einem Konkursverfahren unterworfen werden, jedoch einem neuen.

Ferner setzt der §. 1 nur fest, inwieweit das Konkursverfahren für gewisse Vermögensbestandtheile nicht Platz greift; ob diese befreiten Objekte während oder nach Beendigung des Konkurses von den Konkursgläubigern oder anderen Gläubigern mit einfacher Zwangsvollstreckung angegriffen werden können, ist anderweitig entschieden, vgl. §§. 11 und 182 ff.

b. (umfaßt das gesammte).

Indem das Gesetz ausspricht, daß jedes Konkursverfahren das gesammte schuldnerische Vermögen umfaßt, stellt es den Grundsatz der Universalität des Konkurses auf, und schließt sich in dieser Hinsicht der hergebrachten Doktrin [1]) an, welche bekanntlich dem Konkurse drei Merkmale beilegt: die allgemeine Beschaffenheit (concursus est judicium universale), die anziehende Kraft (vis attractiva concursus) und die ausgleichende Natur (par conditio creditorum). Die Deutsche Konkursordnung hält sogar die Universalität des Konkurses mit ausschließender Strenge fest; während z. B. die Preußische Konkursordnung dem allgemeinen Satze (in §. 1 Abs. 2) sofort die Bestimmung beifügte:

> „ein Konkurs, welcher sich auf einen Theil des Vermögens des Gemeinschuldners beschränkt, kann (als Partikularkonkurs) . . . . eintreten",

spricht unser Gesetz (in §. 3 Abs. II) ausdrücklich aus, daß jede abgesonderte Befriedigung aus Theilen des schuldnerischen Vermögens außerhalb des Konkursverfahrens stattfinden muß.

---

1) Vgl. z. B. Schweppe, System des Konkurses der Gläubiger, 3. Auflage, S. 27.

Die Anwendung des Prinzips auf die Stellung der Realgläubiger ist bereits oben (Seite 42 ff.) näher erörtert worden und über die Unterscheidung zwischen Universal- und Partikularkonkurs im Allgemeinen ist in der Einleitung (S. 8) gehandelt.

c. (der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen).

A. Das Gesetz sagt „Vermögen" und setzt hierdurch vor Allem fest, daß von dem, was dem Schuldner gehört, nur diejenigen Sachen und Rechte in den Konkurs fallen, welche einen Bestandtheil des Vermögens bilden. Nach Gemeinem Rechte gehören zum Vermögen: Eigenthum, jura in re aliena und Forderungen, denn all dieses ist Gegenstand des Verkaufes, des Tausches, der Verpfändung, überhaupt der Veräußerung. Ausgeschlossen bleibt daher Alles, was 1) überhaupt keinen Tauschwerth besitzt und ebenso 2) dasjenige, was zwar Werth hat, aber nicht zum „Vermögen" gerechnet werden kann.

ad 1. In dem Ausdrucke „Tauschwerth" darf man das Wort „Werth" nicht im engsten Sinne nehmen, sondern in seiner landläufigen Bedeutung. Aus dem Konkurse bleiben also nicht blos solche Sachen, welche an sich nicht verwerthbar sind, welche in keiner Weise in Geld umgesetzt werden können, sondern auch was im gemeinen Leben als „werthlos" bezeichnet zu werden pflegt. Es wird schwerlich einem Gerichtsschreiber einfallen, bei der nach §. 112 eintretenden Sicherung der Masse auch die ausgebrauchten Zündholzschachteln, die abgebrochenen Stahlfedern und dergleichen zu siegeln, noch auch wird der Masseverwalter, wenn er nach §. 114 das Inventar errichtet, die leeren Arzneigläser, die Bürsten, welche keine Borsten mehr haben, und Aehnliches darin aufnehmen, obwohl alle diese Dinge auf dem Trödelmarkte Tauschwerth genießen.

Man könnte fragen, ob nicht schon die im §. 708 Abs. 2 der Civilprozeßordnung enthaltene Bestimmung: „die Pfändung hat zu unterbleiben, wenn sich von der Verwerthung der zu pfändenden Gegenstände ein Ueberschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt" derartige Sachen von unbedeutendem Werthe aus der Konkursmasse ausschließt? Allein die Vorschrift betrifft nur die Einzelexekutionen; bei der Konkursmasse kommt es nicht mehr auf das Einzelne an, sondern auf die Gesammtheit aller Objekte; wenn daher auch einzeln keiner der Massegegenstände die Kosten der Versteigerung decken würde, so ist dies doch ohne Einfluß. Wären freilich lediglich solche werthlose Dinge vorhanden, so würden §§. 99 und 190 der Konkursordnung Platz greifen.

Waren die bisher bezeichneten Dinge zwar geeignet, veräußert zu werden, aber ohne Werth, so gibt es anderseits Dinge von Werth, die aber nicht veräußert werden können. Hiezu, zu demjenigen, was als überhaupt

veräußerungsunfähig außerhalb des Konkurses belassen werden muß, sind insbesondere solche Rechte zu zählen, welche nicht einmal der Ausübung nach von der Person des Schuldners getrennt werden können [2]).

Unter diese gehören:

α) alle Statusrechte, das Recht der väterlichen Gewalt und die potestas maritalis, jedoch nur soweit diese Rechte sich auf die Personen der Familienangehörigen beziehen; dagegen wird zwar das Verwaltungsrecht des Ehemannes über das Vermögen der Frau, sowie über das Vermögen der Kinder nicht zur Masse gezogen werden können, allein vom Konkurse werden dieselben allerdings mehrfach betroffen, daher sie in dieser Richtung nicht von §. 1 ausgenommen erscheinen [3]);

β) diejenigen Berechtigungen, deren Uebertragung nach den Gesetzen nicht zulässig ist, demnach als reine Personalservituten: das Recht des usus, der habitatio [4]), dann die deutschrechtliche Leibzucht [5]) (Leibgeding, Altenteil, Austrag), das Unterschlupfsrecht und Aehnliches, so das auf persönlichen Gründen beruhende Retraktsrecht, wo es besteht. Wie bereits erwähnt, folgt das Befreitsein vom Konkurse aus obigem Prinzipe nur für die genannten Rechte als solche; in wieweit ihre Erträgnisse etwa zur Masse gezogen werden könnten, ist nach anderen Normen zu entscheiden und wird hierüber unten gehandelt werden [6]). Was insbesondere den Ususfructus, die Nutznießung an einer fremden Sache betrifft, so kann zwar nicht das Recht von der Person des Berechtigten abgelöst werden, allein die Ausübung des Rechtes ist veräußerlich [7]). Im Allgemeinen also (über die Beschränkung hinsichtlich des mit dem Ehe- und Elternrechte zusammenhängenden Nießbrauches siehe Absatz II) steht Nichts entgegen, den Ususfructus als einen Theil des schuldnerischen Vermögens vollständig in die Masse zu ziehen, so daß zur Befriedigung der Gläubiger nicht blos die Erträgnisse eines Nießbrauches während des Konkurses verwendet werden können, son-

---

2) Diese Ausnahme kannte schon das Gemeine Recht, vgl. v. Bayer §. 25 lit. b; Schweppe §. 38 Ziff. 2.

3) Vgl. die Erläuterungen zu Abs. II u. zu §. 5.

4) Die einzelne Ausnahme der c. 13 C. (3, 33), wornach in einem gewissen Falle der habitatio vermiethet werden darf, ist ohne Bedeutung.

5) Vgl. Gerber, Deutsches Privatrecht §. 191; Bluntschli, Deutsches Privatrecht §. 131; s. übrigens auch hiewegen Abs. II.

6) Ueber das Recht zur Anfechtung letztwilliger Verfügungen vgl. die Erl. zu §. 5 lit. h Nr. 4 und über Hereinziehung der Firma in die Masse vgl. §. 122 t.

7) l. 12 §. 2; l. 38—40; l. 67 D. de ususfr. (7, 1).

dern auch die Befugniß zur Ausübung überhaupt veräußert und der Erlös vertheilt werden darf.

γ) Ausgenommen sind ferner solche vermögensrechtliche Begünstigungen, welche mit der persönlichen Stellung des Gemeinschuldners zusammenhängen, wie z. B. die Apothekenfreiheit der Hofbediensteten, die Zollfreiheit der Diplomaten, die Portofreiheit [8]) und ebenso Ansprüche auf persönliche, nur dem Schuldner oder seinen Angehörigen gegenüber ausführbare Dienstleistungen, z. B. der Krankenpflege, des Unterrichts, der ärztlichen Behandlung u. s. w.

Alle diese vorerwähnten Sachen und Rechte erscheinen schon deshalb nicht als Theile der Konkursmasse, weil der Gläubiger niemals darauf rechnen konnte, aus ihnen eine Befriedigung zu erlangen; er hat damals, als er dem Schuldner Kredit gab, bereits wissen müssen, daß ihm auf jene Sachen und Rechte ein Zugriff vom Gesetze nicht verstattet werde, er hat also den Kredit ohne Rücksicht auf sie gegeben und kann sich durch ihre Befreiung von der Exekution nicht benachtheiligt fühlen. Uebrigens sind namentlich die rein persönlichen Rechte für den Zweck der Schuldentilgung nicht von praktischer Bedeutung.

δ) Die sogenannten actiones vindictam spirantes gehören gleichfalls nicht in die Konkursmasse. Aestimatorische Injurienklagen, einen Deflorationsanspruch u. s. w. kann der Konkursverwalter nicht an Stelle des Gemeinschuldners oder der Gemeinschuldnerin anstellen. Ist aber das Objekt bereits in das Vermögen übergegangen, dann kann es natürlich nicht ausgesondert werden. Ob eine bereits angestellte derartige Klage von Seite des Konkursverwalters fortgesetzt werden kann, bemißt sich nach den Bestimmungen des Landesrechtes darüber, ob überhaupt der Rechtsnachfolger des Prozeßführenden dazu befugt ist [9]).

ad. 2. Zu denjenigen Dingen, welche zwar einen Werth haben, aber keinen „Vermögensbestandtheil" im technischen Sinne bilden, gehört vor Allem die physische Persönlichkeit des Schuldners, und zwar sowohl sein Körper und dessen Theile, als auch seine Arbeitskraft und seine Thätigkeit [10]).

---

8) Es ist zwar nicht anzunehmen, daß über ein gewähltes Reichstagsmitglied der Konkurs ausbrechen wird, wenn aber, so könnte, auch abgesehen von §. 4 und 3 des Wahlgesetzes, sein Recht auf freie Eisenbahnfahrt, obwohl Mancher dafür gern eine hübsche Summe zahlen würde, selbstverständlich doch nicht zur Masse gezogen werden.

9) Den Anspruch auf eine Buße nach §. 444 der RStPrO. rechnet Fitting §. 13 Note 18 zur Masse.

10) Die letztere wird nationalökonomisch zum Vermögen gerechnet, kann aber, seitdem die Schuldknechtschaft aufgehört hat, nicht zur Konkursmasse gezogen

Daß Jemand beantragen wird, einen Schuldner — wie solches König Ludwig XI. von Frankreich bei den Söhnen seines widerspenstigen Vasallen gethan haben soll — die Zähne auszuziehen und sie an den Verfertiger künstlicher Râteliers zu verkaufen, dürfte ohnehin wohl kaum vorkommen; aber es ist mir ein Fall bekannt, daß bei der Gant über ein Kaufmannsehepaar der sehr erboste Gläubiger verlangte, es sollten der rothblonden Ehefrau ihre Haare abgeschnitten und an einen Friseur verkauft werden, welcher einen ganz anständigen Preis dafür bot. Das Gesetz kann Derartiges nicht gestatten [11]), weil die Haare auf dem Kopfe nicht zum „Vermögen" gehören [12]); aber ist es zulässig, daß man etwa dem krüppelhaften Gemeinschuldner sein künstliches Bein abnehme und zur Versteigerung bringe? Unter die sogenannten Kompetenzstücke des §. 715 der Civilprozeßordnung fallen derartige Gegenstände nicht und der Kridar könnte auch allenfalls mit einem hölzernen Stelzfuße sich behelfen. Allein obwohl es sich hier nicht um einen realen Körpertheil handelt, glaube ich doch die Frage verneinen zu sollen und zwar aus folgenden Gründen: durch die Hinzufügung der künstlichen Gliedmaße wird dieselbe ein integrirender Bestandtheil des Körpers des Verkrüppelten; es müßte daher, bevor dieser zur Konkursmasse gezogen werden könnte, jedenfalls eine actio ad exhibendum gestellt werden und diese wird offenbar in diesem Falle contra bonos mores verstoßen.

Zum „Vermögen" kann man ferner auch solche Sachen nicht rechnen, deren Tauschwerth nur dadurch zu gewinnen ist, daß man sie in einem anderen Sinne verwendet, als sie besessen werden. Dieser Gesichtspunkt wird zwar selten hervorgehoben, scheint mir aber von Wichtigkeit; obwohl ich nicht verkenne, daß er juristisch an erheblichen Mängeln leidet. Aus diesen Gründen kann ich der ausgesprochenen Ansicht nicht beistimmen, daß

---

werden, obwohl es an sich nicht undenkbar wäre, Jemand seine Schuld „abarbeiten" zu lassen.

11) Den Frauen die Haare abzuschneiden verbietet schon der Codex Theodosianus (c. 27 §. 1 lib. 16 tit. 2) auf das Strengste; indessen nur aus religiösen Gründen, die mit dem Konkursrechte nicht zusammenhängen.

12) Diesen Satz spricht das Römische Recht in der bekannten Stelle aus: nemo membrorum suorum dominus est. L. 13 pr. D. de lege Aquilia (9. 2). Würde sich freilich bei der Gemeinschuldnerin ein abgeschnittener Zopf vorfinden, so wäre er ebenso der Pfändung unterworfen, wie jeder Chignon oder eine Perücke, soferne diese nicht (v. Wilmowski S. 52) zu den unentbehrlichen Kleidungsstücke (Civ.Pr.O. §.715) gehört. Falsche Zähne haben die Gerichte schon öfters als integrirende Bestandtheile des Körpers erklärt, weil dieselben nicht blos der Verschönerung, sondern auch der Gesundheit dienen.

Briefe dritter Personen, Stammbücher[13]), Skripturen und Manuskripte[14]), welche der Gemeinschuldner besitzt, zur Masse gezogen werden können. Abgesehen von der Frage der Nutzbarmachung im Verlagswege, wovon später gesprochen werden wird, könnten diese Objekte nur durch Verkauf als Makulatur einen Vermögenswerth erlangen; allein als Makulatur hat sie der Gemeinschuldner nicht in Besitz; er bewahrt nicht das Papier als solches, sondern die auf dem Papier fixirte geistige Arbeit, die imponderablen Gedanken, welche die Schrift in sich schließt. Streng juristisch gehört ja allerdings auch das Papier mit seinem Makulaturwerth zum „Vermögen", aber im gewöhnlichen Leben wird Niemand sagen: „ich habe noch eine ganze Sammlung von Briefen meines Großvaters in meinem Vermögen." Würde man den Gläubigern gestatten, derartige Schriften zu makuliren, so würde dadurch deren geistiger Inhalt vernichtet; sie selbst zögen nur einen unbedeutenden Erlös zur Konkursmasse, dem Gemeinschuldner aber ginge ein unverhältnißmäßiger Werth verloren; in solchem Falle aber spricht das Recht zu Gunsten des letzteren[15]). Noch deutlicher läßt sich dies erkennen bei Urkunden, welche als Beweismittel von Rechtsverhältnissen von unschätzbarem Werthe sein, daneben aber als historische Raritäten einen erklecklichen Kaufpreis in sich schließen können, man denke an Testamente, Stammbäume, Adelsdiplome u. s. w.[16]).

---

13) Ebenso Günther S. 64, A. A. Petersen S. 7, Sarwey S. 5, Wengler S. 55.

14) Ein ähnlicher Fall läßt sich bei Thieren denken; es unterliegt keinem Zweifel, daß dem Gemeinschuldner sein werthvoller Jagdhund weggenommen und der dafür erlöste Versteigerungspreis in die Masse gezogen werden kann. Allein einer alten Jungfer ihren Mops wegzunehmen, um ihn abzuschlachten und sein Fett, seine Haare, seine Klauen zu verkaufen, wäre entschieden unzulässig, ein solches Thier gehört eben nicht zum „Vermögen", wenn es auch oft dem Besitzer das Werthvollste ist.

15) Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summae praejudicetur, audiatur is qui in integrum restitui postulat. L. 4 D. de in integrum restitutione (4, 1).

16) Ein Erkenntniß des Bayerischen Obersten Gerichtshofes (ungedruckt Reg.-Nr. 478 63/64) sagt: „Ein Briefwechsel zwischen den nächsten Angehörigen, die Aufzeichnung über die Art und Weise, wie sie ihre Angelegenheiten unter sich geordnet haben, literarische Erzeugnisse, die vorerst nicht zur Publizität bestimmt sind, die Urkunden über die rechtlichen Beziehungen zu Dritten u. s. w. sind für fremde Personen, die nicht an dem Inhalte derselben irgendwie betheiligt sind, Geheimnisse, in welche diese nicht eindringen und welche sie in keiner Weise divulgiren dürfen. Derartige Papiere, worauf der Betheiligte, um seine Rechte zu wahren, seine Interessen zu bethätigen, jeden Augenblick recur-

Diese Erwägung greift jedoch naturgemäß nur so lange Platz, als die bisher dargelegten Momente begründet bleiben; anders daher stellt sich die Entscheidung, wenn etwa derartige Gegenstände von Jemanden selbst nur als Curiositäten besessen werden oder auch wenn der Betheiligte gestorben wäre und keine Angehörigen vorhanden sind; im Konkurse über einen derartigen Nachlaß erscheinen alle diese Sachen lediglich nach ihrem Materiale, als Makulatur oder auch etwa als Autographen, jedenfalls aber nur als Objekte von Vermögenswerth.

Daß Manuskripte, welche dadurch einen Vermögenswerth besitzen, daß sie Gegenstand eines Verlagsvertrages werden können, von den Gläubigern in Anspruch genommen werden dürfen, wird nicht selten gelehrt[17]); ich bin jedoch anderer Ansicht[18]). Wäre freilich ein Verlagsvertrag schon abgeschlossen[19]), dann stellt sich das geistige Eigenthum als bereits in den Kreis des Vermögensrechtes übergetreten und daher als Exekutionsobjekt dar. Ist dies aber nicht der Fall, so erscheint der Vermögenswerth, welchen das Geistesprodukt hat, nur von sekundärer Bedeutung (Bluntschli, Deutsches Privatrecht §. 47); der innerste Kern ist das Autorrecht selbst, das ausschließliche Mittheilungrecht, die Befugniß der Veröffentlichung, und diese ist ein rein persönliches Recht des Verfassers[20]), auf welches all' Dasjenige

rire n zu müssen in der Lage sein kann, sind für ihn als Subjekt und Mittelpunkt geistigen Lebens nicht minder unenentbehrlich, wie Alimente für das leibliche Leben.

17) Z. B. Dr. Oskar Wächter, das Autorrecht (1875) S. 111, und Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. II. S. 739 ff.

18) Ebenso Meves S. 14, Meisner S. 4.

19) Ein bloßes Anbieten des Manuskriptes genügt jedoch nicht, denn der Autor kann sich immer noch anders besinnen.

20) Vgl. Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze S. 391 ff. Man kann auch so argumentiren: Das Elaborat ist, so lange es im Pulte des Verfassers liegt, noch ein Theil seiner geistigen Persönlichkeit und es finden daher die oben hinsichtlich der Freiheit der Person und ihrer Bestandtheile bereits erwähnten Sätze Anwendung. Nach diesem Prinzipe entscheidet sich denn auch die (wenn ich nicht irre bereits bei einem hervorragenden Künstler praktisch gewesene) Frage: „darf man ein noch nicht vollendetes Kunstwerk (Statue oder Gemälde) in die Masse ziehen, daß heißt: ist es Exekutionsobjekt? Sicherlich nicht, solange der Meister lebt; denn Niemand kann, um sich für eine Geldschuld bezahlt zu machen, die Ehre und den guten Namen des Schuldners angreifen, und diese stehen in solchem Falle für den Künstler auf dem Spiel. Man wendet ein, es sei durch obige Ansicht der Chikane eine Thüre geöffnet, da ein frivoler Schuldner stets behaupten könne, das Werk sei unvollendet; dieser Einwand ist haltlos, solche Frivolitäten wird der Richter eben nicht anerkennen.

Anwendung findet, was bereits oben (Seite 54) in Betreff solcher rein persönlicher Rechte erörtert worden ist [21]).

Zu gleichem Resultate führt die Betrachtung des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken. Denn es definirt der §. 1 das Vervielfältigungsrecht als ein „ausschließendes", d. h. rein persönliches Recht des Urhebers, und der §. 5 erklärt als Nachdruck jede Vervielfältigung ohne Genehmigung des Urhebers, so daß das executive In-Verlag-Geben nur mittelst Erzwingens dieser Genehmigung denkbar wäre, also eine obligatio ad faciendum in Frage käme, die keinenfalls in die Konkursmasse fällt. Auf Grund des Reichsgesetzes läßt sich demnach behaupten: „Diese Ergreifung und Ausnützung eines noch latenten Urheberrechtes im Wege der Exekution ist unmöglich." (Endemann, Erläuterung des obigen Gesetzes S. 15. [22]) Das Bayerische Gesetz von 1865 enthielt in Art. 50 Abs. 2 die Bestimmung: so lange das Recht dem Urheber selbst zusteht, bildet es keinen Gegenstand der Hilfsvollstreckung; und dieselbe Vorschrift fand sich in §. 44 des Entwurfes des Reichsgesetzes. Die Motive (Sten. Ber. v. 1870 Bd. III S. 138) beschränkten den Satz dahin, daß das Recht des Verlegers auf die vertragsmäßig zugesicherte Herausgabe des Manuskriptes natürlich auch im Exekutionswege vom Verfasser erzwungen werden könne und daß andern Gläubigern gegenüber das Urheberrecht nur insoferne der gerichtlichen Exekution entzogen sei, als durch die Herausgabe des Werkes ein Verlagsunternehmen begonnen werden solle; daß aber, soweit die Ausübung des Urheberrechtes darin bestehe, eine Entschädigung für Nachdruck zu verlangen, dasselbe allerdings der Zwangsvollstreckung unterliege. Es würde also den Gläubigern zustehen, im Falle des Konkurses statt des Gemeinschuldners gegen Dritte die Nachdruckklagen geltend zu machen, und die erzielte Entschädigungssumme fiele in die Konkursmasse. Wenn nun auch (Sten. Ber. Bd. I S. 858) dieser §. 44 gestrichen

---

21) Zweifelhafter ist die Entscheidung, wenn sich ein Manuskript im Nachlasse findet, wo also die Persönlichkeit des Autors nicht mehr in Frage kommt. Endemann a. a. O. will auch gegen die Erben keinen Zwang zur Verwerthung im Verlagswege zulassen, während (ich glaube mit Recht) Gustav Mandry, Commentar zum Bayrischen Gesetze (Erlangen 1867) S. 372 gegen Erben einen solchen zuläßt.

22) Endemann fügt bei: „Was aber von dem Urheberrecht an dem Manuskript von der ersten Herausgabe gilt, muß ebenso von Veranstaltung weiterer Auflagen gelten, sei es, daß es sich um unveränderten Abdruck oder um Abdruck des fertigen Materials zu einer veränderten Auflage handelt. Der Verfasser kann ja vorziehen, sein Werk der Vergessenheit zu übergeben. Anders Dernburg a. a. O.

wurde, so kann hieraus doch nicht etwa gefolgert werden, daß damit im Gesetze der entgegengesetzte Standpunkt eingenommen sein solle; im Gegentheile der Abstrich wurde beantragt, weil der Satz ohnehin selbstverständlich sei.

Aehnlich verhält es sich nach dem Reichsgesetze vom 25. März 1877 (RGBl. S. 501) mit dem Patentrechte. Der Vermögens-Werth eines bereits ertheilten Patentes kann zur Konkursmasse gezogen werden, dagegen kann der Verwalter oder der Gläubiger nicht an Stelle des Gemeinschuldners für eine von diesem gemachte Erfindung ein Patent nehmen [23]), schon weil ein Zwang zur „genauen Beschreibung" (§. 20 des Patentgesetzes) nicht wohl denkbar erscheint. Das Gleiche gilt beim Urheberrecht an Mustern und Modellen nach dem Reichsgesetze vom 11. Januar 1876 (RGBl. S. 11) [24]).

B. Die bisher erwähnten Ausnahmen gründen sich darauf, daß nach dem Wortlaute des §. 1 der Konkursordnung nur Vermögensbestandtheile zur Masse gezogen werden können; es ist aber im Gesetze noch eine zweite Beschränkung enthalten. Dem Begriffe des Konkurses zufolge wird nämlich durch denselben die Gesammtheit des schuldnerischen Vermögens zum Gesammtexekutionsobjekt für alle Verpflichtungen des Schuldners (vgl. oben S. 6); deshalb muß Vermögen, welches nicht der Einzelexekution unterliegt, auch zum Gesammtexekutionsobjekt untauglich sein [25]), und es folgt daraus, daß nur jenes Vermögen, welches auch außerhalb des Konkurses zur Deckung der Verbindlichkeiten eines rechtlich Verpflichteten herbeigezogen werden kann, fähig ist, in die Konkursmasse zu gelangen. Das Gesetz hat nun aus Gründen der Billigkeit und aus Rücksichten, die über das Privatrecht hinausreichen, bestimmt, daß eine Anzahl von Objekten (Sachen und Forderungen) von jeder Zwangsvollstreckung befreit bleiben sollen. Die maßgebenden Bestimmungen enthält die Civilprozeßordnung in Buch VIII Abschnitt 2 und wird daher die Erörterung derselben und ihrer

---

23) Ebenso Meves S. 14, Meisner S. 5, Mandry a. a. O. S. 400, welcher als Grund angibt, daß „das Patentrecht nichts Anderes sei als ein Urheberrecht in Beziehung auf gewerbliche Erfindungen". Vgl. auch Wengler S. 56; Petersen S. 5; v. Sarwey S. 4; Stieglitz S. 4; v. Wilmowski S. 56.

24) Ein Aufsatz im Württembergischen Archiv Bd. XVIII S. 438 ff. (vgl. Stieglitz S. 4) erklärt dagegen auch den Anspruch auf ein Muster oder Modell als Konkursobjekt, weil hier bei der Eintragung eine Prüfung der Berechtigung und der angemeldeten Thatsache nicht eintrete.

25) Eine Ausnahme von diesem Satze siehe in §. 1 Abs. III u. unten.

Kasuistik bei der Erläuterung des soeben citirten Gesetzes [26]) zu geben sein, hier aber eine kurze Aufführung genügen.

I. Nach §. 715 der C.Pr.O. sind folgende Sachen der Pfändung nicht unterworfen, können also auch nicht zur Konkursmasse gezogen werden:

1. Die Kleidungsstücke, die Betten, das Haus- und Küchengeräth, insbesondere die Heiz- und Koch-Oefen [27]), soweit diese Gegenstände für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde unentbehrlich sind.

Zu den Kleidungsstücken, welche diese Ziffer erwähnt, gehört unzweifelhaft auch die Wäsche und zu den Betten auch die Bettwäsche und die Bettladen; in Art. 901 der B. PrO. war der ersteren Gegenstände besonders Erwähnung gethan, während der Nordd. E. §. 974 seinerzeit sogar die Betten nicht speziell nannte, weil sie unter dem Hausgeräthe begriffen seien. Unter Familie sind nicht lediglich die Verwandten zu begreifen (denn diese Beschränkung der B. PrO. ist hinweggefallen), sondern alle mit dem Gemeinschuldner in häuslicher Gemeinschaft lebenden nicht selbständigen Personen [28]). Die B. PrO. Art. 901 Ziff. 2 erwähnte das „den Kranken und Wöchnerinnen in diesem Zustande an Betten, Waschstücken und sonst Unentbehrliche" besonders. Obwohl nun dieses in der Deutschen Civilprozeßordnung hinweggeblieben, darf doch nicht etwa angenommen werden, es sei die Rücksicht hierauf im neuen Gesetze ausgeschlossen; denn das Wort „unentbehrlich" in Ziffer 1 ist auszulegen: „unter den konkreten Verhältnissen des Schuldners, seiner Familie und des Gesindes unentbehrlich". Dem Kranken ist Mehr und Anderes unentbehrlich, als dem Gesunden, wie denn überhaupt in allen diesen Fällen das Maß dessen, was außerhalb des Konkurses zu belassen ist, dem arbitrium judicis zu bestimmen anheimfällt.

2. Die für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde auf zwei Wochen erforderlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel.

---

26) Siehe Dr. Hellmann, Civilprozeßordnung (Erlangen bei Palm & Enke) Bd. III S. 84 ff. u. 115 ff.; Seuffert, Civilpr. S. 843 u. 884.

27) Unseren süddeutschen Sitten erscheint diese Ausnahme eigenthümlich, weil bei uns die Herde und Oefen Theile des Hauses sind; im Norden und auch am Rheine gehören die (eisernen) Herde und Oefen dem Miether, er bringt sie wie jedes Möbel mit, stellt auch den Ofen unter Umständen im Sommer auf den Speicher. Ebendeshalb darf man den Ausdruck „Kochöfen" nicht nach unserem Sprachgebrauche interpretiren, sondern es sind alle beweglichen Herde darunter zu verstehen.

28) Wenn also der Gemeinschuldner seinem auf einer vom Wohnorte entfernten Universität studirenden Sohne die nöthigen Kleider und ein Bett mitgegeben hat, fallen diese Gegenstände nicht in die Konkursmasse.

Auch in dieser Hinsicht liegt es in der Erwägung des billigen Richters, was unter den konkreten Verhältnissen, welche zu berücksichtigen sind, als „erforderlich" zu erachten sei. Die „zwei Wochen" datiren von der Eröffnung des Konkurses an, denn von da an verliert der Gemeinschuldner (§. 5) das Recht der freien Verfügung über sein Vermögen, dieser Moment steht also der Pfändung im gewöhnlichen Zwangsvollstreckungsverfahren gleich. Werden (§. 98) vor der Konkurseröffnung Sicherungsmaßregeln getroffen, so haben diese keinen Einfluß auf die Berechnung der zwei Wochen, im Falle diese Sicherungsmaßregeln in Veräußerungsverboten u. dgl. bestehen. Wird aber die schuldnerische Habe sammt und sonders mit Beschlag belegt, so müssen die zwei Wochen doch wohl von der Beschlagnahme an gerechnet werden.

3. Eine Milchkuh oder nach der Wahl des Schuldners statt einer solchen zwei Ziegen oder zwei Schafe nebst dem zum Unterhalt und zur Streu für dieselben auf zwei Wochen erforderlichen Futter und Stroh, soferne die bezeichneten Thiere für die Ernährung des Schuldners, seiner Familie und seines Gesindes unentbehrlich sind.

Diese in der B. PrO. nicht enthaltene Ausnahme zum Schutze des Milchviehs ist bereits in einer Preußischen Cabinetsordre vom 30. November 1825 enthalten (Motive z. Entw. v. 1872 S. 555); die Alternative der Ziegen und Schafe (unter denen nicht gerade weibliche Schafe[29]) zu verstehen sind) gründet sich auf das Französische Recht (Code de procédure Art. 592 Nr. 8), welches indessen trois brébis gestattet.

4. Bei Künstlern, Handwerkern, Hand- und Fabrikarbeitern, sowie bei Hebammen die zur persönlichen Ausübung des Berufes unentbehrlichen Gegenstände.

Unter Künstlern sind nach den Protokollen der Justizkommission S. 388 nur solche Personen zu verstehen, die wirklich eine Kunst ausüben, u. A. auch die Schauspieler, nicht aber die Mitglieder herumziehender sog. Künstlergesellschaften, Seiltänzer u. s. w.[30]). Auch hier liegt es in dem

---

29) Dies geht aus der Debatte in der Justizkommission (Prot. S. 387) hervor, in welcher der Abgeordnete v. Puttkamer eben deshalb die Bestimmung bekämpfte, weil die Schafe nicht wie die Milchkuh zur laufenden Ernährung der Familie, sondern zum Verkaufe bestimmt seien, aber mit diesem Einwurf in der Minorität blieb.

30) Indessen werden diese dann doch zu den Handwerkern oder Handarbeitern zu rechnen sein; wenn ein Bärenführer in Konkurs gerathen sollte, wird man ihm seinen Tanzbären nicht wegnehmen dürfen, denn er ist ihm ein zur Ausübung seines Berufes unentbehrlicher Gegenstand, „Strafe genug ist sein elendes Handwerk", sagt der Dichter.

Ermessen des Richters, zu bestimmen, was dem Künstler nöthig ist, damit er nicht in die Unmöglichkeit versetzt werde, seine Kunst betreiben zu können. Wenn also z. B. eine Schauspielerin eine große und prachtvolle Garderobe besäße, wird man nicht diese ganze Garderobe als unentbehrlich ansehen können; anderseits aber kann man ihr nicht zumuthen, die Jungfrau von Orleans in demselben Costüme zu spielen, wie den Vicomte de Letorières, und eine hübsche Promenade-Toilette ist zum Berufe einer ersten Liebhaberin gleichfalls unentbehrlich. Das Wort „Gegenstände" wurde zwar in der Kommission als „zu weit gehend" bekämpft und der engere Ausdruck: „Werkzeuge" oder „Maschinen und Instrumente" beantragt (S. 388 oben) [31]; allein nachdem der Antrag nicht angenommen worden ist, wird man nicht zu ängstlich in der Auslegung sein dürfen. Ich würde z. B. einem Historienmaler das von ihm besessene Werk über Kostümekunde nicht wegnehmen lassen und Aehnliches. Hinwiederum aber ist auf das im Gesetze enthaltene Wort „persönlich" Gewicht zu legen; das in einer größeren Werkstätte befindliche Werkzeug der Gesellen gehört in die Konkursmasse, ebenso Material aller Art, denn obwohl man z. B. sagen könnte: ohne Leder kann man keine Stiefel liefern, sonach ist der Ledervorrath zur Ausübung des Handwerkes eines Schusters ein unentbehrlicher Gegenstand, — so ist doch das Eigenthum von Leder nicht zur persönlichen Ausübung der Schusterei unentbehrlich, da man auch das Handwerk ausübt, wenn man aus fremdem Leder Schuhe macht.

5. (Fällt im Konkurse hinweg; siehe Alinea III).

6. Bei Offizieren, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen, Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten, Rechtsanwälten, Notaren und Aerzten, die zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufes erforderlichen Gegenstände, sowie anständige Kleidung.

Zur Bestimmung des Begriffes: „Beamte" nehmen die Motive zur CPrO. (S. 428) Bezug auf §. 359 des Strafgesetzbuches, welcher unter diesem Worte versteht: „alle im Dienste des Reiches oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwälte". Aus dem Umstande, daß man nöthig fand, die Notare in der Ziff. 6 speziell zu erwähnen, geht schon hervor, daß die Bestimmung des

---

31) Nach der jetzigen Art des Handwerksbetriebes gehört die Nähmaschine bei einem Schneider, Schuhmacher, einer Kleidermacherin, selbst bei einer Modistin wohl zu den unentbehrlichen Gegenständen.

§. 359 für den Begriff nicht vollkommen ausreicht; es sind im Sinne des vorliegenden Gesetzes insbesondere sicherlich nach der ratio legis auch die Hofbediensteten dahin zu rechnen[32]), ebenso wird man einem in Konkurs gerathenen Kammerherrn oder Kammerjunker die Uniform nicht wegnehmen dürfen, da er sonst seinen Dienst als Kämmerer nicht verwalten könnte. Anders verhält es sich mit der Kleidung der Mitglieder von Ritterorden; das Erscheinen bei einem Ritterfeste ist weder Verwaltung eines Dienstes noch Ausübung eines Berufes, eher ein Ehrenzeichen (vgl. unten). Bei den „Geistlichen" kann es auf die Konfession oder Religion nicht ankommen; der Rabbiner ist auch ein Geistlicher; dagegen wird das Bekenntniß ein anerkanntes sein müssen; die „Engel", „Apostel" u. s. w. verschiedener nicht staatlich genehmigter Sekten genießen das Privileg nicht. Nur „öffentliche Unterrichtsanstalten", nicht auch Privatinstitute gewähren den Lehrern die Exekutionsfreiheit; um so mehr müssen Privatgelehrte ihre Bibliotheken zur Konkursmasse abliefern. Denn die Bestimmung des Code de procédure (Art. 592 Ziff. 3), daß Jedem, der aus der Wissenschaft „profession" macht, für 300 Frcs. Bücher gelassen werden müssen[33]), hat die Deutsche Konkursordnung nicht acceptirt; vermuthlich weil im Vaterland der Schulbildung jeder Mensch ein Gelehrter zu sein behauptet, wenigstens sagen die Motive zum Entw. von 1872 (S. 356): „die Feststellung, ob im konkreten Falle der Schuldner ein Gelehrter sei, könnte Schwierigkeiten haben". Zu den „Rechtsanwälten" wird man die Konzipienten im Allgemeinen nicht rechnen dürfen, wohl aber die aufgestellten Substituten, denn diese üben den Beruf des Rechtsanwaltes aus, dem sie substituirt sind. Als „Aerzte" gelten nur die nach §. 29 der Reichsgewerbeordnung approbirten (Prot. der Justiz-Komm. S. 391); ein sogenannter „Wunderdoktor", wenn er auch noch so viele Leute mit Baunscheidtismus curiren sollte, müßte doch seinen Apparat in die Konkursmasse abgeben.

Am Schlusse des Gesetzes heißt es nicht: „eine anständige Kleidung", sondern überhaupt: „anständige Kleidung"; die Gläubiger dürfen daher nicht etwa nach dem Sprichworte „ein Rock und ein Gott" dem Gemeinschuldner nur eine einzige Kleidung belassen; sie müssen ihm einen mäßigen Wechsel in der Kleidung gestatten und ihm so viel gönnen, als nach den hergebrachten Begriffen in dem Stande des Schuldners zu einer „anständigen Garderobe" gehört.

---

32) Ebenso Stieglitz S. 7.

33) So viele Bücher also braucht man nach französischen Begriffen, um als ein anständiger Gelehrter auftreten zu können.

7. Bei Offizieren, Militärärzten[34]), Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen und Lehrern in öffentlichen Unterrichtsanstalten ein Geldbetrag, welcher dem der Pfändung nicht unterworfenen Theile des Diensteinkommens[35]) oder der Pension für die Zeit von der Pfändung[36]) bis zum nächsten Termine der Gehalts- oder Pensionszahlung gleichkommt.

Es läßt sich hier fragen, ob unter „Termin" der faktische oder der rechtliche Termin zu verstehen sei, z. B. der Schuldner kommt am 10. Januar in Konkurs, er hat an diesem Tage den Februargehalt (was wegen des Nachmonats von den öffentlichen Kassen in der Regel nicht verweigert wird) schon erhoben; die nächste Gehaltszahlung tritt also zwar in abstracto schon am 1. Februar, in Wirklichkeit aber erst am 1. März ein. Nach der ratio legis, dem Gemeinschuldner, sofern er zu den im Gesetze genannten Personen gehört, die nöthige anständige Existenz zu sichern, ist nach meiner Ansicht die weitergehende Auslegung zu adoptiren; von fraudulösen Vorauserhebungen natürlich abgesehen.

8. (Fällt für den Konkurs hinweg; siehe Abs. III.)

9. Orden und Ehrenzeichen.

Schon das Römische Recht, l. 29 D. de rebus auct. judic. (42, 5) sprach aus, daß die Ehrensäulen (statuae in publico in honorem positae) nicht der Konkursmasse einverleibt werden sollten[37]), und diese Bestimmung wird nun analog auf alle derartige der Person des Schuldners zugewandten Auszeichnungen angewendet.

Danach sollte man unter „Orden" eigentlich nur die Verdienstorden verstehen, allein das Gesetz spricht allgemein und wo das Gesetz nicht unterscheidet, darf der Richter auch nicht unterscheiden, so daß alle Ordenszeichen (Sterne, Kreuze, Medaillen) als von der Pfändung befreit erscheinen, dagegen sind unter den der Beschlagnahme entzogenen Orden nur

---

34) Die Civilärzte im Staatsdienste fallen unter die Beamten. Vgl. Prot. der Justizkommission S. 391.

35) Welcher Betrag dies ist, bestimmt §. 749 Abs. 2 der Civilprozeßordnung.

36) Das heißt hier: „von der Konkurseröffnung an gerechnet"; ausgenommen, wenn etwa nach §. 98 der KO. das Gericht schon vor der Eröffnung die Beschlagnahme angeordnet hätte, da ja in diesem Falle dem Schuldner gleichfalls eine Summe zur Lebsucht belassen werden muß.

37) Mit den Ehrensäulen zugleich war nach R.R. (vgl. Fuchs, Deutscher Concursprozeß S. 30 Note 2) die serva concubina und die mit ihr erzeugten Kinder dem Konkursverfahren entzogen. Da aber das Eigenthum der serva nicht befreit war, so brauchen die Gläubiger die der „Geliebten" vom Gemeinschuldner gemachten Zuwendungen nicht zu respektiren.

die affektiv verliehenen zu verstehen; hätte sich Jemand auf eigene Kosten einen mit Brillanten besetzten Stern verfertigen lassen, so müßte der Stern zur Masse gezogen werden. Das Wort „Ehrenzeichen" läßt sich im Hinblick auf die Verbindung mit dem Worte „Orden" und auf das Preußische „Allgemeine Ehrenzeichen" dahin interpretiren, daß nur die auf der Brust und um den Hals getragenen, den Orden analogen Kreuze und Medaillen damit gemeint seien. Nach einer anderen Ansicht aber soll mit Rücksicht auf den historischen Ursprung der ganzen Bestimmung (die oben erwähnten Ehrensäulen) die Auslegung eine weitergehende sein und alle zum Zeichen der Ehre im öffentlichen Leben gegebenen Gegenstände unter obigen Begriff fallen. Demnach wären zu den von der Konkursmasse befreiten Ehrenzeichen nicht nur z. B. das Adelsdiplom (auch wenn es vielleicht durch eine goldene Kapsel um das Siegel einen reellen Vermögenswerth hat), der Stammbaum (welcher wenigstens in den Augen mancher Menschen als ein Zeichen hoher Würde gilt) und so weiter, sondern auch etwa der Ehrensäbel, den das Offiziercorps seinem General überreicht hatte, der goldene Becher, der einem Jubilar oder einem hervorragenden Lehrer von seinen Schülern dedizirt wurde und Aehnliches zu rechnen. Aber auch nach dieser Ansicht würden die sogenannten „Ehrungen", welche in einer Geldsumme (wenn auch in bestimmten Münzen z. B. 100 Zwanzigmarkstücken) bestehen, nicht hierher zu zählen sein, ebenso nicht Geschenke, welche als Auszeichnungen im Privatleben gegeben sind, z. B. ein Trinkhorn, welches die Liedertafel ihrem langjährigen Kapellmeister dedizirt u. s. w. Bei der schwankenden Gränze dieser Unterscheidung möchte ich mich (vorbehaltlich besserer Belehrung) der strengeren Anschauung anschließen und unter „Ehrenzeichen" nur die von der Staatsgewalt oder von durch die Staatsgewalt berechtigten Personen oder Korporationen verliehenen ordensähnlichen Insignien begreifen. Familienbilder, Wappen, Petschafte und Siegelringe mit dem Familienwappen und dergleichen können keinenfalls unter die „Ehrenzeichen" subsumirt werden; indessen werden sie in der Regel deshalb nicht in die Konkursmasse gezogen werden, weil sie nicht Eigenthum des Gemeinschuldners, sondern der Gesammtfamilie sind, ein Gesichtspunkt, welcher gewöhnlich auch für den Stammbaum und das Adelsdiplom Platz greifen wird.

10. Die Bücher, welche zum Gebrauche des Schuldners und seiner Familie in der Kirche und Schule bestimmt sind.

Diese Bestimmung muß aber durch die Natur der Bücher, nicht durch den Willen des Schuldners gegeben sein; würde der Schuldner in der Kirche Romane zu lesen pflegen, so könnte er die Freilassung dieser Werke vom Konkurse nicht beanspruchen.

II. An Rechten und Forderungen findet die Zwangsvollstreckung, also auch die Einverleibung zur Konkursmasse statt: durch Ueberweisung des Anspruches selbst, so daß nunmehr die Masse als berechtigt erscheint, den Anspruch geltend zu machen oder unter Umständen durch Pfändung der beanspruchten Sache (Civ.-PrO. §. 736 und 745). Daraus ergibt sich, was bereits oben (S. 54) näher erörtert ist, daß jene Rechte und Befugnisse, welche von der Person des Berechtigten überhaupt untrennbar sind, dem Konkurse entzogen bleiben müssen; aber auch von denjenigen Ansprüchen, welche an sich einer Zwangsvollstreckung unterliegen würden, hat das Gesetz (Civ.-PrO. §. 749) aus denselben legislativen Gründen, aus denen einzelne Sachen von der Pfändung befreit sind, eine Anzahl von jedem Zugriffe der Gläubiger[38]) ausgenommen. Es sind dies folgende Forderungen bez. Rechte:

1. der Arbeits- und Dienstlohn;

Hierüber ist das Reichsgesetz vom 21. Juni 1869 (Bund.-Ges.-Blatt von 1869 S. 242) maßgebend, welches festsetzt, daß die Vergütung für Arbeiten oder Dienste (der Fabrik-, Berg- und Hüttenarbeiter, der Gesellen, Dienstboten und ähnlichen Personen) erst nach abgelaufenem Zahltage beschlagnahmt werden darf[39]), welche Bestimmung sich auch auf den Gehalt und die Dienstbezüge der im Privatdienst dauernd angestellten Personen, soweit der Gesammtbetrag die Summe von 1500 Mark[40]) jährlich nicht übersteigt, erstreckt.

2. die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen;

3. die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen[41]) oder sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf;

38) Privilegirt erscheinen in gewisser Richtung die Ehefrau und die Kinder, soferne sie Alimentengläubiger sind, vgl. §. 749 Abs. 4 und Staat wie Gemeinde in Bezug auf direkte Steuern; vgl. Ges. v. 1869 §. 4 Ziff. 2.

39) Vgl. Bezold in der Gesetzgebung des Deutschen Reichs I. Theil, 1. Band 1. Heft S. 88 ff. (Erlangen 1875).

40) Nach dem Gesetze von 1869 von 400 Thalern, die Erhöhung ist in §. 749 Abs. 3 nach längeren Debatten (vgl. KPrt. S. 404) aufgenommen worden.

41) Hieher gehören auch die Präbenden, welche unversorgte Fräulein aus Stiftern und Ordenfonds beziehen, so in Bayern die Reichnisse, welche aus den Anna- und Theresienstiften, aus dem Civilverdienst- und Michaelsordensfonds durch k. Dekret verliehen sind. Da diese Präbenden und Reichnisse ohnehin nur auf den „nothdürftigen" Unterhalt berechnet sind, werden sie in ihrem Gesammtbetrage als von der Einbeziehung in einen etwaigen Konkurs befreit zu erachten sein.

4. die aus Kranken-, Hilfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftvereine zu beziehenden Hebungen;
5. der Sold und die Invalidenpension der Unteroffiziere und der Soldaten;
6. das Diensteinkommen der Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
7. die Pensionen der Wittwen und Waisen und die denselben aus Wittwen- und Waisenkassen zukommenden Bezüge, die Erziehungsgelder und die Studienstipendien, sowie die Pensionen invalider Arbeiter, ferner
8. das Diensteinkommen der Offiziere, Militärärzte und Deckoffiziere, der Beamten[42]), der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten[43]); die Pension dieser Personen nach deren Versetzung in einstweiligen oder dauernden Ruhestand, sowie der nach ihrem Tode den Hinterbliebenen zu gewährende Sterbe- oder Gnadengehalt, in den beiden letzten Fällen nur, wenn der Bezug[44]) nicht die Summe von 1500 Mark übersteigt; andernfalls ist der dritte Theil des Mehrbetrages der Beschlagnahme unterworfen;
9. die an die Inhaber des eisernen Kreuzes für den Feldzug des Jahres 1870 u. 1871 durch das Reichsgesetz vom 2. Juni 1878 gewährte Ehrenzulage[45]).

Tagegelder, Diäten der Landtagsmitglieder, Geschworenen und ähnlicher einen öffentlichen Beruf ausübenden Personen sind nicht ausgenommen[46]), wohl aber die Einkünfte, welche zur Bestreitung eines Dienstauf-

---

42) Der mittelbaren und unmittelbaren nach der Erklärung des H. Direkter v. Amsberg. KPrt. S. 403.

43) Notare und Rechtsanwälte gehören nicht hierher; vgl. die KPrt. S. 403 unten.

44) Bei der Berechnung der Höhe ist der Servis und dergleichen mit einzurechnen. CPO. §. 749 Abs. 5.

45) Reichsgesetzblatt S. 99 u. 100 §. 3. Was die Verstümmelungszulagen betrifft, so sind diese nur ein Theil der Pension, (Militärpensionsgesetz vom 27. Juni 1871, RGBl. S. 292 §. 72), eine „Pensionszulage" fällt daher unter Ziffer 5.

46) Ein darauf zielender Antrag wurde abgelehnt. KPrt. S. 403. Hinsichtlich der Meilen- und Nachtgelder der Eisenbahnbediensteten (Zugführer) hat das ROHG. in den Erk. v. 10. u. 15. März 1875 (Entscheid. Bd. XVI S. 173 u. 181) ausgesprochen, daß sie zum Gehalte gehören.

wandes[47]) bestimmt sind und der Servis der Offiziere, Militärärzte und Militärbeamten[48]). Bei all den unter II 1, 3, 7 und 8 aufgeführten, von der Zwangsvollstreckung ausgenommenen Bezügen muß noch besonders Augenmerk auf die Frage gerichtet werden, wie lange der der Zwangsvollstreckung unterliegende Ueberschuß des Einkommens zur Masse gezogen werden kann, worüber bei lit. g gesprochen werden wird.

III. Eine weitere Beschränkung der Zwangsvollstreckung ergibt sich aus dem Grundsatze, daß die Gerichtsbarkeit eines jeden Staates begränzt ist durch den Umfang seines Staatsgebietes. Die Zwangsvollstreckung kann daher in der Regel (und von besonderen Staatsverträgen abgesehen) nur dasjenige Vermögen erfassen, welches sich im Territorium des Staates befindet, dessen Judikatur in Frage steht. Es folgt hieraus, daß auch nur solches Vermögen eines Gemeinschuldners in die Konkursmasse fällt, welches im Inlande gelegen und greifbar ist; dasjenige, was der Gemeinschuldner im Auslande besitzt, entzieht sich (in der Regel) dem Zugriffe durch die inländischen Gerichte. Da in den §§. 4, 42, 49, 207 und 208 über diese Materie ohnehin gehandelt wird, so ist Anlaß gegeben, dort das Nähere über die hier einschlägigen Fragen zu erörtern.

d. (des Gemeinschuldners).

Daß, obwohl das Gesetz anscheinend nur von Schuldnern männlichen Geschlechtes spricht, doch nach allgemein gültigen Rechtsregeln[49]) mit jenem Ausdrucke auch die „Gemeinschuldnerin" begriffen ist, bedarf kaum der Erwähnung. Ebensowenig, daß nicht[50]) etwa jede Ehefrau eines Gemeinschuldners „Gemeinschuldnerin" wird, sondern nur diejenigen Frauen, welche für sich selbst mit ihrem eigenen Vermögen in Konkurs gerathen. Auf solche Frauen, insbesondere auf die Handelsfrau (Art. 6 und 7 des Allg. Deutschen HGB.)[51]) finden demnach alle in der Konkursordnung gegebenen

---

47) Hierher wären auch die sogenannten Repräsentationsbezüge zu zählen, welche einzelnen höheren Staatsdienern zum Zwecke der nach ihrer Stellung zu gebenden Diners, zu haltenden Equipagen u. s. w. zugesprochen sind.

48) Verschieden vom „Servis" ist der Wohnungsgeldzuschuß (Reichsgesetz vom 30. Juni 1873, RGBl. S. 166). Auch dieser wird in das Einkommen eingerechnet. Vgl. Seuffert Kommentar zur CivPO. S. 888.

49) l. 1 D. de verbor. signif. (50, 16): verbum hoc: „si quis" tam masculos quam feminas amplectitur.

50) Wie solches nach der geistreichen Sprachweise anzunehmen wäre, welche die Gemahlin eines Generals als „Generalin" und die Gattin eines Hofrathes als „Hofräthin" bezeichnet.

51) Vgl. Völderndorff und Anschütz, Commentar Bd. I S. 50 ff. Für diese Handelsfrauen ist besonders die Bestimmung in Art. 8 Abs. 2 des A. D. HGB. zu bemerken. Vgl. übrigens d. Anmerkung 12.

Bestimmungen Anwendung; dies gilt auch von der in §. 98 der Konkursordnung für zulässig erklärten Personalhaft, von welcher also in Konkurs gefallene Frauen nicht ausgenommen sind. Bestritten dagegen ist die Stellung jener Frauen, welche mit ihren Männern in Gütergemeinschaft leben oder zu offenem Kram und Laden sitzen. Was die letzteren betrifft, so ist darüber kein Zweifel, daß eine solche Frau zwar nicht als Handelsfrau zu erachten, wohl aber für den Geschäftsbetrieb vermögensrechtlich haftbar ist[52]). Hinsichtlich der Frage der Konkurseröffnung aber vgl. unten zu §. 14 u. 44.

e. (ihm).

Das Konkursverfahren richtet sich nur gegen den Zahlungsunfähigen selbst; es ist einer der Vorzüge des neuen Gesetzes, daß dieses Hauptprinzip mit aller Schärfe zur Durchführung kommt. Alle sonstigen Ansprüche, welche, ohne selbst Konkursforderungen zu sein, in den Konkurs hereinspielen können, sollen zur abgesonderten Verhandlung gewiesen werden (vgl. §. 3 Abs. 2 und §. 14). Daraus entscheidet sich denn auch die Frage, wie es zu halten sei, wenn ein Dritter für einzelne Verpflichtungen des Gemeinschuldners (z. B. als Bürge, als Correalschuldner u. s. w.) oder für dessen Gesammtverbindlichkeit (z. B. vermöge Eherecht, in Folge einer Gemeinschaft u. s. w.) haftet. Der Umstand, daß diese Rechtsverhältnisse gleichfalls auf eine Deckung der Gläubiger hinzielen, bewirkt noch kein Hereinziehen derselben in den Konkurs; die Verfolgung der Ansprüche gegen den Bürgen, gegen den solidarisch haftenden Genossenschafter u. s. w. ist eine für sich stehende Angelegenheit des Berechtigten, der in dieser Richtung kein „Konkursgläubiger" ist, wie bei §. 196 der KO. näher zu erörtern sein wird.

Was die Gesammtschuldner-Haftung betrifft, so sind die Fälle einer Gesellschaft und Genossenschaft im 2. Buche Titel 8 speziell behandelt. Es erübrigt demnach noch der Fall, daß zwei Eheleute in Gütergemeinschaft stehen oder daß vermöge Civilrecht das Vermögen des einen Ehegatten unbedingt und unbeschränkt für die Schulden des anderen haftet; hierüber läßt sich jedoch erst bei Erörterung der §§. 37 u. 61 der KO. das Nähere darlegen.

f. (zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens).

Das Gesetz will mit dem allgemeinen Ausdrucke „zur Zeit der Eröffnung" keineswegs einen unbestimmten Zeitraum festsetzen, welcher nach den Umständen auszumessen wäre, sondern es hat offenbar den festen in §. 100 der KO. ein für allemal normirten Moment der rechtlichen Eröffnung des Verfahrens im Auge. Es ist also die im Eröffnungsbeschluß genannte Stunde und, wenn eine solche nicht genannt wäre, die Mittags-

52) Völderndorff a. a. O. S. 64 und dieser Commentar zu §. 37, 44 u. 61.

stunde des Tages, an welchem der Beschluß erlassen wurde, unter „der Zeit der Eröffnung des Verfahrens" zu begreifen. Was bis zu dieser Stunde zum Vermögen gehört, fällt in den Konkurs, was nach dieser Stunde erworben wird, kann nicht in die Masse gezogen werden. Die Stunde selbst zählt bereits zum zweiten Zeitraum. Wenn also über den Fabrikanten Bemeyer der Konkurs verhängt wird und der Beschluß bezeichnet den 1. Juli Vormittag 9 Uhr als Eröffnungsstunde, so haben die Gläubiger keinen Anspruch auf die 1000 Mark, welche der Vater des Bemeyer ihm am 1. Juli Vormittag halb zehn Uhr geschenkt hat. Oder folgender Fall: über die Wittwe Cemeyer, Besitzerin des Hotels zur goldenen Gans, wird am 1. August die Gant ausgesprochen, im Eröffnungsbeschluß ist keine Stunde bestimmt, die Gemeinschuldnerin hat fünf Minuten nach 12 Uhr zwei Omnibuspferde um 3000 Mark gekauft, in diesem Falle muß der Verkäufer seine Pferde nach §. 6 der KO. auf Verlangen des Verwalters wieder nehmen und die 3000 Mark zurückzahlen. Die näheren Erörterungen über die Frage des Erwerbes während des Konkurses siehe Einleitung S. 45 ff. und lit. g S. 73 ff.

g. (gehört).

Das Vermögen, welches in der Konkursmasse fallen soll, muß dem Gemeinschuldner gehören und muß ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehören. Nur das Faktum entscheidet; ob der Gemeinschuldner den Erwerb gekannt habe oder nicht, ist irrelevant (Meves S. 17). Eine zugefallene Erbschaft fällt in die Masse, wenn der Erwerb auch nur eine Stunde vor der Konkurseröffnung stattgefunden und der Schuldner keine Ahnung davon hatte.

A. Dem Gemeinschuldner gehören nicht die bei ihm befindlichen fremden Sachen; diese sind nach §. 35 auszusondern, sei es, daß sie der Gemeinschuldner zufällig oder leihweise (precarium, commodatum) oder in Folge seiner rechtlichen Stellung als Ehemann, Hausvater, Vormund, Stellvertreter (Mandatar, Prokurator), als Depositar, Spediteur, Commissionär oder aus anderen ähnlichen Gründen innehat. Dieser Satz selbst ist unbestreitbar, es bedarf keiner Erörterung, daß wenn z. B. die Haborser Effektenbank in Konkurs verfällt, die Depots ihrer in Contocorrent stehenden Kunden nicht in die Konkursmasse fallen, die Schwierigkeiten ergeben sich erst bei der Frage, wie der Beweis zu führen ist, daß die betreffenden Gegenstände „fremd" sind, in welcher Hinsicht bei Erörterung des §. 35 das Nähere darzulegen sein wird.

Ebenso gehören Rechte nicht zur Masse, welche der Gemeinschuldner (sei es in eigenem oder fremden Namen) für einen Dritten ausübt; dahin

sind auch die aus einer Verwaltung fremden Vermögens für dieses[53]) entstandenen Ansprüche und Klagerechte zu zählen, wenn sie auch nominell auf den Gemeinschuldner selbst lauten sollten.

Als nicht dem Gemeinschuldner gehörig erscheinen ferner im Sinne des Gesetzes alle Gegenstände, an denen das Recht bis zur Veräußerungs-Unfähigkeit beschränkt ist[54]); also die Substanz der Stammgüter, Lehen und Fideicommißgüter, über welche durch §. 5 Ziff. 1 des Einführungsgesetzes die bisherigen landesgesetzlichen Bestimmungen vorbehalten bleiben[55]). Nach den Vorschriften des einschlägigen Civilrechtes[56]), insbesondere danach, ob der Gegenstand dem Schuldner selbst, jedoch mit einer Belastung zu Gunsten eines Dritten[57]), oder einem Dritten, jedoch mit einer Belastung zu Gunsten des Schuldners gehört, entscheidet sich zufolge §. 35 der KO. auch die Frage, ob Sachen, an denen ein vertragsmäßiges oder letztwilliges Veräußerungs-Verbot haftet, in die Masse zu ziehen sind oder nicht, und ebenso das Schicksal derjenigen Gegenstände, welche zwar dem Schuldner überlassen sind, jedoch nur zu einem bestimmten das Interesse des Gebers oder eines Dritten betreffenden Zwecke[58]). Anderseits gehören dagegen auch

---

53) Vgl. Schweppe a. a. O. S. 75. Die Ansprüche, welche der Gemeinschuldner für sich aus der Verwaltung erworben hat, z. B. auf Ersatz für Auslagen, auf Honorar u. s. w. gehören selbstverständlich zur Masse.

54) Das Gemeine Recht entzog auch die res litigiosae der Masse, hierüber siehe §§. 8 u. 9 der KO.

55) An jenem Orte wird denn auch die Frage zu behandeln sein, wie weit die Revenuen solcher Güter zur Masse gehören.

56) Das Pr. LR. Th. II Tit. 2 §§. 424 u. 429 gestattet den Eltern aus gesetzmäßigen Ursachen, die Substanz des Erbtheiles ihrer Kinder dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen. Vgl. aber das Urtheil des RG. v. 10. Febr. 1880 (Bd. I S. 177 ff.). Der Code civil Art. 1981 läßt bei einer rente viagère, soferne sie auf unentgeltlichem Titel constituirt ist, die Verfügung zu, daß sie unangreifbar sein soll.

57) Vgl. unten zu §. 35.

58) Z. B. der Gemeinschuldner hat einen Pfandbrief von 1000 Mark in Besitz, der ihm vom A hinterlassen ist mit der Bestimmung, damit eine Messe zu stiften. Oder er hat in einer Kunstvereins-Verloosung ein werthvolles Bild gewonnen, jedoch mit der Auflage, dieses jährlich drei Tage lang im Vereinslokale auszustellen. Diese Objekte können ohne Weiteres zu Gunsten der Masse nicht verkauft werden, es wäre denn das Recht des Dritten nur ein persönliches Forderungsrecht, in welchem Falle er freilich nur als Konkursgläubiger seinen Anspruch geltend zu machen hätte. Einer besonderen Erwähnung bedürfen die Versicherungssummen für abgebrannte Gebäude. Diese können keinenfalls zur Konkursmasse anders als behufs Erfüllung der obliegenden Verpflicht-

solche Vermögensbestandtheile zur Masse, welche der Gemeinschuldner nicht selbst in Händen hat, sondern ein Dritter für ihn, wenn auch in eigenem Namen besitzt. Dahin sind insbesondere solche Gegenstände zu zählen, welche in Folge eines zur Zeit der Konkurseröffnung bereits begründeten Rückforderungsrechtes herauszugeben sind; daher z. B. Alles, was nach den §§. 22 ff. der KO. im Wege der Anfechtung erholt wird. Inwieweit hier etwaige Retentionsrechte Berücksichtigung zu finden haben, ist in §. 41 der KO. geordnet und dort zu erörtern.

B. Zur Zeit der Konkurseröffnung gehört dem Schuldner nicht: Alles, was er erst nachträglich erwirbt[59]) und zwar einerlei, ob durch eigenes Thun oder ein anderweitiges Ereigniß. Wenn also der am 1. Juli in Konkurs gekommene Kaufmann Ameyer mit einem ihm von seinem Schwager Bemeyer vorgeschossenen Kapital am 15. Juli im Banat Hämmel kauft und sie der kaiserlich Russischen Armeeintendantur mit 100 Prozent Gewinn verkauft, so hat zwar Bemeyer für sein Guthaben, nicht aber die Konkursmasse, Anspruch an diesen Gewinn. Und auch dann fällt der neue Erwerb nicht in die Masse, wenn derselbe nach der Konkurseröffnung erst gemacht wird, obwohl sein Anlaß schon vorher begründet war; z. B. der sehr verschuldete Rittmeister Z rettet der in einem durchgehenden Gefährte sitzenden Prinzessin Y am 1. Juli das Leben; am 15. Juli wird über ihn der Konkurs eröffnet; am 1. August schenkt ihm Prinzessin Y ein Landgut. Obwohl nun die Handlung, welche diesen Erwerb veranlaßte, vor der Konkurseröffnung geschah, fällt das Landgut doch nicht in die Masse.

Ich bin der Ansicht, daß dieses Prinzip im Hinblicke auf die Motive und die Erklärungen derjenigen Kommissionsmitglieder, welche die schließlich mit Mehrheit angenommene Anschauung in der Berathung vertreten haben, mit aller Schärfe festzuhalten ist und daß namentlich die in §. 35 u. 39 der KO. enthaltenen ganz neuen Aufstellungen über den Umfang des Konkursverfahrens die bisherige Theorie des Gemeinen Rechtes wesentlich modifiziren[60]). Nach der bisherigen Lehre (z. B. Schweppe §. 35 1 a u. b)

---

ung zum Wiederaufbau gezogen werden. (Vgl. Seuffert, Comm. zur CPO. S. 886; Struckmann u. Koch 4. Aufl. S. 805; Hellmann Bd. III S. 118.)

59) Ueber die Gründe, weshalb der Neuerwerb ausgeschlossen wurde, siehe oben S. 45 ff.

60) Ich halte diesen Gesichtspunkt für die Auslegung schon aus praktischen Gründen für wünschenswerth; nur damit wird der Zweck des Gesetzes erreicht, rasche und coulante Abwicklung der Konkurse zu erzielen und dem Gemeinschuldner die Gewinnung einer neuen Existenz zu sichern. Die Gläubiger verlieren ohnedem nichts, wenn unbestimmte und schwer zu realisirende Vermögensbestandtheile außerhalb der Masse bleiben; es steht ihnen ja später

wird als ein gleich Anfangs vorhandenes Gut angesehen, was der Kridar mit einem dies zu fordern hat, und was ihm bedingt zusteht; dieser Satz wird nicht mehr unbeschränkt Geltung finden können, wie die nachfolgende Betrachtung zeigt:

1) Der Gemeinschuldner besitzt Etwas unter auflösender Bedingung; z. B. Graf A hat dem Baron B das Landgut Neukirchen und 100,000 Mark Pfandbriefe hinterlassen unter der Bedingung, daß, falls die Nichte des Erblassers einen Sohn bekomme, Gut und Kapital an diesen fallen solle. Es ließen sich nun folgende Behandlungen der Sache denken: entweder es wird das Gut und das Geld zur Masse gezogen und nachdem dem resolutiven Besitz des Einen der suspendirte Anspruch des Anderen entspricht, so wäre dieser Anspruch für den eventuellen Sohn im Konkurs zu liquidiren nach Anleitung des §. 155 Ziff. 2 der KO.[61]), — oder aber die Objekte cum suis oneribus, belastet mit dem Rückfallrechte, werden versteigert und der so erzielte Erlös in die Masse genommen, der eventuelle Anspruch geht dann gegen den neuen Erwerber. Ich gebe zu, daß streng theoretisch sich die erstere Behandlungsweise vollkommen rechtfertigt; praktisch ist sie gewiß nicht[62]), und beide obigen Wege würden der gegenwärtigen Konkursordnung in Bezug auf die von ihr beabsichtigte Einfachheit der Abwicklung nach meinem Dafürhalten nicht entsprechen; vielmehr muß meines Erachtens ein dritter Weg eingeschlagen werden: der unter einer auflösenden Bedingung stehende Vermögenstheil bleibt von der Konkursmasse vorerst ausgeschlossen und zu Gunsten des eventuell Berechtigten behufs seiner Befriedigung im Falle des Eintrittes der Bedingung aufbehalten; tritt die Bedingung ein, so ist die Sache erledigt, tritt sie nicht ein, so steht es den Gläubiger frei, sich nachträglich an das nun freie Objekt zu halten[63]). In gleicher Weise wäre zu verfahren in den (freilich im heutigen Verkehre kaum mehr oft vorkommenden) Fällen der sogen. addictio in diem. Z. B. Bankier Z hat 1000 fl. Goldrente zu 76 an den X verkauft, sich aber vorbehalten, daß das Geschäft ungültig sein solle, wenn er innerhalb 3 Monaten einen

---

der Zugriff immer noch offen. Daß nach §. 743 der Civilprozeßordnung die Zwangsvollstreckung an bedingten und betagten Forderungen unbedingt zulässig ist, läßt sich meiner Ansicht nicht entgegenhalten, weil hiefür andere Gesichtspunkte maßgebend sind.

61) So v. Sarwey S. 7. Stieglitz S. 15. v. Wilmovski S. 52.

62) Denn in beiden Fällen ist die bei sofortiger Realisirung eintretende Werthminderung so unverhältnißmäßig, daß hier das S. 56 Note 13 Bemerkte Geltung gewinnt.

63) Für das Landgut im obigen Beispiele kömmt hiebei §. 39 der KO. zu beachten.

besseren Käufer finde[64]); kommt nun X inzwischen in Konkurs, so kann, wie ich glaube, Bankier Z die Aussonderung der Goldrente fordern; ist sie nicht mehr vorhanden, so findet §. 38 der KO. Anwendung, und wenn damit nicht geholfen ist, bleibt ihm allerdings nur die Liquidation seines Entschädigungsanspruches im Konkurse übrig.

Der Hauptfall einer Resolutivbedingung, welcher etwa im modernen Verkehr noch praktisch werden wird, ist der Verkauf unter Eigenthumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises (lex commissoria), und dieser fällt gewiß nach der Intention des Gesetzes unter den §. 35 der KO.[65]).

2) Dem Gemeinschuldner steht ein Vermögensbestandtheil zu unter einer aufschiebenden Bedingung. Auch dieser ist, wie ich glaube, nicht zur Masse zu ziehen. Gesetzt: A hat dem B 1000 Mark vermacht für den Fall, daß dessen Frau einen Sohn bekomme; ist es praktisch thunlich, einen solchen Anspruch in irgend einer Weise zu verwerthen? wer würde dafür etwas geben? Man könnte also auch wenn man den Bestandtheil zur Masse zieht, doch Nichts damit machen, sondern müßte warten, ob und bis die Bedingung eintritt, und dann nachvertheilen. Allein Niemand wird bezweifeln, daß die 1000 Mark vorerst dem B nicht „gehören"[66]), sie gehören ihm erst, wenn der Sohn geboren ist, und wenn dieß nach der Konkurseröffnung eintritt, so stellt sich das „Geld" als neu erworben dar, wenn auch das „Vermächtniß" als solches für bereits anfänglich erworben angesehen werden will[67]).

---

64) Ich verwahre mich dagegen, als ob ich glaubte, daß solche Fälle realiter praktisch werden, denn wer geht so auf's Ungewisse hin in ein Geschäft ein?

65) Ob es nicht überhaupt richtiger wäre, ein derartiges Geschäft, bei dem es ungewiß ist, nicht blos ob es sein wird, sondern (wegen der Resolution ex tunc) auch ob es ist oder war, Angesichts der Möglichkeit, daß es nicht sei, und in solange als diese Möglichkeit währt, als imperfekt zu behandeln (vgl. Brinz, Pandekten I. Aufl. Bd. II S. 1472), ist hier zu erörtern nicht der Ort.

66) Wenn man der früher allgemein angenommenen Lehre (v. Savigny R. R. Bd. III S. 150, Puchta §. 61, Seuffert §. 78) folgt, daß „während des Schwebens der aufschiebenden Bedingung das bedingte Recht noch gar nicht besteht", unterliegt obiger Satz wohl kaum einem Zweifel. Aber auch die nach der neueren Lehre (Windscheid §. 89) angenommene „Gebundenheit" desjenigen, der sich bedingt verpflichtet hat, bewirkt nicht, daß während des Schwebens der Bedingung die von der Willenserklärung zu ergänzende Wirkung bereits als erzeugt zu behandeln sein müßte. Hiezu kommt, daß auch nach dieser Lehre (Windscheid §. 91) die erfüllte aufschiebende Bedingung der Regel nach keine rückwirkende Kraft hat.

67) Es ist hier natürlich nicht der Ort, die vielbesprochene Lehre von dem Zurückbeziehen der erfüllten Bedingung zu behandeln, dessen überhebt uns das vom

Von diesem Standpunkte aus fällt die Frage nach den Modalitäten der Erfüllung solcher Suspensivbedingungen hinweg; nimmt man aber (nach der bisherigen Theorie des Gemeinen Rechtes) an, daß bei suspensiv bedingten Ansprüchen und Rechten der durch den Eintritt der Bedingung gemachte Erwerb zur Masse gehöre, auch wenn die Bedingung erst nach der Konkurseröffnung, während des Konkurses oder selbst nach beendigtem Konkurse eintritt [68]), so ergibt sich die Frage: wie ist es zu halten, wenn die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des Gemeinschuldners abhängt? Z. B. Bierbrauer A hat am 1. Juli zwanzig Säcke Hopfen vom Händler B „auf Besicht" gekauft; nach Art. 339 des Allg. Deutsch. HGB. gilt dieses Geschäft als unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, daß A den Hopfen innerhalb der verabredeten Zeit (sagen wir 8 Tage) besehe, prüfe und genehmige. Am 3. Juli wird über den A der Konkurs eröffnet, was ist hinsichtlich der Prüfung Rechtens? [69]). Nimmt man an, daß der Anspruch aus dem suspensiv bedingten Geschäfte in die Masse fällt, so muß man auch auf Grund des §. 5 Abs. 2 und unter analoger Anwendung des §. 15 der KO. den Konkursverwalter als denjenigen ansehen, welcher nun der Bedingung nachzukommen hat [70]); es hätte also im obigen Beispiele der Verwalter den Hopfen zu besehen, zu prüfen und sich zu erklären. Freilich ist dieser Ausweg schwierig, wenn die Erfüllung an der Person des Gemeinschuldners hängt, z. B. wenn dem Bildhauer Z für die bestellte Statue der doppelte Preis zugesichert ist, falls er die Arbeit vor Jahresablauf abliefert; hier kann der Konkursverwalter nichts machen, und wie kann der Kridar zur Erfüllung gezwungen werden? soll man ihn nach §. 93 Abs. 2 der KO. so lange, bis der Erwerb der Masse gesichert ist, in Personal-

---

Gesetze gebrauchte Wort: „gehören", denn unter diesem Ausdrucke nach seiner „landläufigen" Bedeutung ist der Anspruch auf ein blos mögliches Recht gewiß nicht verstanden.

68) Vgl. v. Sarwey S. 7 o. Die letztere Annahme geht meines Erachtens selbst nach der Ansicht der Gegner zu weit.

69) Nach der oben erörterten Ansicht wäre die Konkurseröffnung auf den Kauf ohne direkten Einfluß, der Hopfen fiele nicht in die Masse, sondern es wäre die Sache geradeso zu behandeln, als wenn A am 9. Juli, also während des Konkurses, Etwas kaufen würde; der Händler B könnte seinen Kaufpreis im Konkurse nicht liquidiren, er brauchte dies auch nicht zu thun, sondern er würde eben einfach den Hopfen zurückhalten oder im Wege der Sicherstellung zurücknehmen, sofern er nicht dem Kridar persönlichen Kredit schenken will.

70) Anderer Meinung ist v. Sarwey S. 8, Meisner S. 15, v. Wilmowski S. 53. Mit mir stimmt überein Stieglitz S. 30.

haft halten? Oder soll man das Interesse im Konkurse liquidiren lassen? Kürzer und glatter bleibt es daher jedenfalls, nach der früher entwickelten Ansicht, derartige Geschäfte als außerhalb des Konkursverfahrens verbleibend anzusehen und ohne Rücksicht auf denselben zu behandeln.

3) Betagte Forderungen und Ansprüche, sowie Gegenstände, deren Zugehörigkeit an einen Anfangs- oder Endtermin geknüpft sind, müssen zur Masse genommen werden. Bei den Endterminen ist dies von selbst klar; ebenso wie Sachen, wenn sie auch einem Untergange durch Verbrauch oder Abnützung entgegensehen, dennoch zur Befriedigung der Gläubiger dienen, so lange sie eben noch vorhanden sind, so auch Vermögensbestandtheile, denen ein rechtliches Aufhören bevorsteht[71]). Die Fälle übrigens, in welchen es sich um ein zweiseitiges Rechtsverhältniß handelt, das an einen Endtermin geknüpft ist, z. B. Miethe auf fünf Jahre, Pacht u. s. w., müssen nach Maßgabe des Titels 2 (§§. 15—21) beurtheilt werden.

Wo es sich um Geschäfte mit einem Anfangstermin handelt, läßt sich zweifeln, wie sich diese zu der Masse verhalten. Zwar natürlich dann nicht, wenn Forderungen in Frage sind, welche zur Zeit der Konkurseröffnung bestehen, aber erst zu einer jetzt schon fest bestimmten Zeit fällig erscheinen; hier ist die Sache klar; „die Beschränkung des Rechtsverhältnisses durch einen Kalendertag," sagt unser größter Rechtslehrer[72]), „von welchem es erst anfangen soll, hat für das Bewußtsein des Berechtigten gar nichts Unklares; er kennt nicht nur das Dasein des Rechtes, sondern auch ganz genau dessen Umfang und Werth, der sich durch eine einfache Diskontorechnung für den gegenwärtigen Zeitpunkt leicht ausmittelt, und es läßt sich durch Verkauf um diesen Werth selbst der augenblickliche Genuß das Rechts bewirken". Solchergestalt gehört ein derartiger Gegenstand auch in seinem unfälligen Zustande zum effektiven Vermögen und daher in die Masse. Dies wird besonders klar, wenn der Werth sich an eine bestimmte Sache, an den Besitz eines Papieres knüpft. Niemand wird zweifeln, daß wenn bei der Konkurseröffnung am 1. Juli der Kridar einen an ihn indossirten Wechsel besitzt, der am 20. Juni ausgestellt und 6 Monate dato fällig ist, hierin schon am 1. Juli ein Vermögensbestandtheil gegeben erscheint und daher der Wechsel, obwohl er erst nach der Konkurseröffnung bezahlt werden muß, in die Masse fällt.

---

71) Mit Ausnahme von Renten auf bestimmte Zeit werden ohnehin praktisch solche Vermögensbestandtheile selten vorkommen; ist dem Gemeinschuldner eine Wohnung auf gewisse Jahre oder auf Lebenszeit eingeräumt, so ist dies in der Regel eine rein persönliche Zuwendung, wobei das S. 53 Bemerkte zu beachten ist.

72) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Bd. III. §. 126.

Anders stellt sich die rechtliche Beschaffenheit, wenn nicht ein bestimmter Kalendertag [73]) als Fälligkeitstermin angegeben ist, sondern als solcher ein Ereigniß gewählt wurde, bei welchem der Eintritt zwar gewiß, der Zeitpunkt des Eintrittes aber ungewiß ist. Hier ist der gegenwärtige Werth und Umfang des Rechtes völlig unklar, so daß man dasselbe (v. Savigny) „nicht mit Sicherheit in Verfügungen über die Zukunft aufnehmen kann". Hieraus dürfte zu folgern sein, daß solche unsichere Werthe nicht als bereits greifbare Vermögensbestandtheile anzusehen sind und außerhalb des Konkurses belassen werden müssen. Gesetzt den Fall: dem Cajus hat der Titius 1000 M. schenkweise zu geben versprochen, sobald er, Titius, sein Etablissement aufgeben und dadurch sein Betriebskapital entbehrlich werde; inzwischen kommt Cajus in Konkurs; es würde doch sicherlich der ganzen Idee unseres neuen Verfahrens widerstreiten, wenn nun dieses gar nicht discontirbare Versprechen im Zwangswege veräußert werden sollte; richtiger und einfacher ist es gewiß, diesen eventuellen Eingang ebenso zu behandeln, wie jeden dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung neu zufallenden Erwerb.

4) Nach dem oben bereits entwickelten Prinzipe nicht fälliger Forderungen ist auch ein sonstiger Anspruch, der an eine bestimmte Urkunde geknüpft ist und einen ungewissen Werth hat, zu behandeln. Ein von dem Gemeinschuldner besessenes Lotterieloos fällt in die Masse, denn es ist jederzeit ein Vermögensbestandtheil, und da der Gewinn am Loose hängt, so zieht die Masse auch einen während des Konkurses [74]) anfallenden Gewinn [75]); es wird auch nichts im Wege stehen, daß die Gläubiger etwa übereinkommen, das Loos nicht zu versilbern, sondern auch nach Beendigung des Konkurses aufzubewahren und einen später anfallenden Gewinn nachzuvertheilen. Aehnlich etwa wird eine Lebensversicherung zu behandeln sein, vorausgesetzt natürlich, daß solche nicht zu Gunsten einer dritten Person genommen ist; die während des Konkurses zu entrichtenden Prämien sind unter §. 51 Ziff. 2 der KO. zu subsumiren und aus der Masse zu zahlen; indessen wird es nicht wohl angehen, daß aus der Masse etwa ein Fonds

73) Eine solche Bestimmung ist auf zweierlei Art möglich: unmittelbar (z. B. am 1. März 1880) oder mittelbar (z. B. wenn der Vertrag am 1. März 1879 geschlossen wird) durch die Bestimmung „in einem Jahre." Savigny a. a. O. S. 205 Note c.

74) Schon nach Gemeinem Rechte anerkannt vgl. Fuchs, Concursverfahren §. 13 Note 3 auf S. 75 u. v. Sarwey S. 8.

75) Anders, wenn der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung ein Loos geschenkt erhält oder von freien Mitteln erwirbt und damit einen Gewinn macht; dieser fällt nicht in die Masse; vgl. oben Seite 45.

behufs Fortzahlung der Prämien nach Beendigung des Konkurses bis zum Tode des Schuldners zurück- und bis dahin eine Nachvertheilung der Versicherungssumme vor-behalten wird, sondern die Lebensversicherung ist anderweitig zu verwerthen.

Kautionen sind entweder zur Sicherung eines Anspruches bestellte Pfandrechte oder zu dieser Sicherung in fremden Gewahrsam gegebene Sachen (auch Geld). Daß letztere Objekte, selbstverständlich unter Vorbehalt der daran bestehenden Haftungen, zur Masse zu ziehen sind, ist klar[76]).

Zuwendungen mit einer Zweckbestimmung (sub modo) fallen in die Masse, aber gleichfalls mit der Belastung. Erschöpft diese den effektiven Vermögenswerth, so wird der Verwalter das Objekt freigeben.

5) Eine besondere Betrachtung erfordern diejenigen Vermögensbestandtheile, welche, ohne eigentliche Kapitalzinsen[77]) zu sein, in periodisch wiederkehrenden Einkünften bestehen. Daß die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits bezogenen und noch vorhandenen, ferner die zu dieser Zeit zwar noch nicht bezogenen, aber schon verfallenen Beträge zur Masse gehören, ist nicht bestritten; ebenso ist anzunehmen, daß die nach Beendigung des Konkurses verfallenden Summen dem Gemeinschuldner zukommen müssen und nicht etwa nachvertheilt werden können[78]). Was nun aber die während des Konkursverfahrens fällig werdenden Quoten betrifft, so kann man über deren Behandlungsweise zweifeln; ich bin der Ansicht, daß sie durchweg nicht als neuer Erwerb behandelt werden dürfen, sondern sich als Erträgnisse darstellen eines zur Masse gehörigen Objektes — nämlich des bestimmten Rechtsverhältnisses, kraft dessen sie dem Schuldner zufließen, — und vermöchte ich auch keinen Grund zur absoluten Ausschließung dieses Grundsatzes zu finden, im Falle das Recht auf den Bezug der periodischen Erträgnisse mit einer Thätigkeit des Gemeinschuldners zusammenhängt. Die Gränze liegt nach meinem Dafürhalten lediglich in den gesetzlichen Beschränkungen der Zwangsvollstreckung überhaupt. Wenn z. B. Gutsbesitzer A ein Weiderecht sich von den Bauern B und C hat ablösen lassen in der Weise, daß diese jährlich während einer bestimmten Anzahl von Jahren am 1. August eine gewisse Summe an ihn zu zahlen haben, und A kommt in Konkurs, so gehören die während des Konkurses verfallenden Jahresquoten wohl unbestreitbar zur Masse. Desgleichen erscheint, wenn Jemand in Folge eines Vertrages eine vierteljährliche Rente auf Lebenszeit zu beziehen hätte, diese nicht als neu erworben durch

76) In der Bayerischen Prozeßordnung Art. 969 und 1207 war dies ausdrücklich gesagt.

77) Denn diese fließen natürlich unbeschränkt während des Konkurses in die Masse.

78) Vgl. indessen Note 82.

Erleben des jeweiligen Quartales, sondern als eine wegen des Nichteintrittes des Ablebens fortdauernde Leistung aus dem Vertrage.

Aber ebenso muß es nach meiner Meinung auch gehalten werden hinsichtlich der der Pfändung unterliegenden Raten der Besoldung oder Pension des Gemeinschuldners[79]), welche während des Konkurses anfallen[80]).

Denn der Gehalt des Beamten wird auf Grund eines dauernden Rechtsverhältnisses bezogen, und daß solchen der fleißige und der faule Beamte und selbst der kranke, wenn er gar nicht arbeitet, gleichmäßig erhält, beweist, daß die Besoldung nicht als eine reine Gegenleistung für eine Thätigkeit behandelt werden kann, sondern daß sie aus der Stellung fließt, ein Standesbezug ist. Der Staatsdiener wird ernannt, damit er arbeitet, und kann entlassen werden, wenn er nicht arbeitet, aber seinen Gehalt bezieht er, weil er ernannt ist, nicht weil er arbeitet.

Pensionen sind ohnehin nicht durch Dienstleistungen des Berechtigten, sondern nur durch dessen Leben bedingt, unterscheiden sich also in keiner Weise von lebenslänglichen Renten anderer Art; sie fallen daher, vorbehaltlich der allgemeinen Beschränkung der Zwangsvollstreckung an denselben (S. 68) in die Masse[81]).

---

79) Im Civil- oder Militärdienste, auch im ständigen Amte von Korporationen, Standesherren, Stiftungen u. s. w.

80) Daß wenn ein Beamter während des Konkurses befördert wird oder anderseits wenn er während dieser Zeit auf Wartegeld oder in Quiescenz gesetzt wird, das anhängige Verfahren die neuen Bezüge ergreift, folgt aus §. 734 der Civilprozeßordnung.

81) Hierüber sind allerdings die Meinungen der Rechtslehrer sehr getheilt. Am Weitesten geht Mandry S. 121, welcher Ansprüche auf Arbeits- und Dienstlohn, auf Gehalt und Pension nicht bloß so weit sie vor der Eröffnung oder während der Dauer des Konkurses fällig werden, sondern auch bezüglich der später fällig werdenden Raten zur Masse gehörig erklärt. Das letztere ist aber nicht thunlich, da nach §. 156 der KO. mit Schluß des Verfahrens die Ausschüttung der Masse definitiv beendigt sein muß, sonach die nachträgliche Fortsetzung einer Beschlagnahme der Gehalte und Pensionen nicht zulässig, anderseits aber eine Veräußerung des Gehalts- und Pensionsanspruches als solchen gesetzlich verboten ist. Meine Ansicht theilen Hohl (S. 5), Hullmann (S. 50), Meisner (S. 16), Stieglitz (S. 17 ff.). Hinsichtlich der Pensionen ist auch v. Sarwey (S. 10) unserer Ansicht, dagegen theilt er hinsichtlich der Gehalte (S. (9) 11) die Meinung von Petersen (S. 11) und v. Wilmowski (S. 58), der sich auch Fitting (§. 13 Note 10) anschließt, daß die während des Konkurses anfallenden Beträge nicht zur Masse gehören. Praktisch würde diese letztere Ansicht zur Prämie für das Konkursmachen der aktiven Beamten und der Pensionisten

Immer aber können nach meiner Meinung derartige periodische Bezüge, sofern sie sich nicht als bloße Nutzungen eines Kapitals darstellen [82]), nur nach Verfall zur Masse genommen, nicht aber das Bezugsrecht als solches zur Veräußerung gebracht werden. Das Recht auf einen Ruhegehalt ist ein rein persönliches und kann ebensowenig zu Gunsten der Konkursmasse verkauft werden [83]), als die dem Gemeinschuldner etwa aus einer Familienstiftung zufließende Rente [84]).

Bestritten werden weiter folgende Punkte:

I. Durch Vermächtniß hinterlassene Renten sollen (nach Gemeinem Rechte), da in solchem Falle nicht ein Vermächniß, sondern eine Mehrheit von nach und nach anfallenden Vermächtnissen vorliege (Windscheid Pandekten, Bd. III. S. 404), anders behandelt werden als sonst erworbene Renten. Während aber v. Sarwey (S. 10) für das Alimentenvermächtniß eine Nebenausnahme macht, rechnet Stieglitz (S. 18) auch dieses hieher. Ich kann hiezu keinen genügenden Grund finden, natürlich abgesehen von der Frage, ob überhaupt Vermächtnisse dieser Art der Zwangsvollstreckung unterliegen.

II. Privatbedienstete, wozu ich auch Privatbeamte rechne, welche nicht eine förmliche Anstellung haben, sondern nur auf gegenseitige Vereinbarung dienen, erwerben ihr Salär, Lohn, Honorar u. s. w. nach Maßgabe ihrer Thätigkeit. Es können daher nur die bis zur Konkurseröffnung verfallenen Beträge, soweit sie überhaupt der Beschlagnahme unterworfen sind, zur Masse gezogen werden; die durch spätere Dienstleistungen erworbenen Bezüge sind neuer Erwerb und fallen nicht in die Masse [85]).

---

werden. Wird er für einen oder mehrere Gläubiger gepfändet, so kommen diese in Bezug der beschlagnahmsfähigen Renten in infinitum, wird er aber für alle Gläubiger gepfändet, so kommt der Ueberschuldete sofort — also gleichsam als Belohnung dafür, daß er nicht blos einige, sondern recht viele Schulden hat — wieder in den Genuß seines vollen Gehaltes. Das wäre nahezu contra bonos mores. Die Praxis hat (in München wenigstens) in den wenigen Fällen (5 von 341), in welchen die Frage vorkam, ohne daß eine Kontroverse darüber entstanden wäre, auch die nach der Eröffnung verfallenden Raten des Gehaltes und der Pension als zur Masse gehörig angesehen.

82) Hierunter werden die Ewiggilten, obwohl sie nicht Kapilalzinsen im eigentlichen Sinne bilden, zu subsumiren sein; es besteht für sie stets ein festnormirtes „Ewiggeldkapital", welches einen Marktpreis hat und allgemein verkäuflich ist.

83) Anderer Ansicht ist v. Sarwey S. 10.

84) Auch nicht soweit sie überhaupt nach §. 749 der Civiprozeßordnung angreifbar ist. Anders bei dem Nutznießungsrechte und ähnlichen dauernden Bezügen. Vgl. oben S. 53 Note 7 und zu §. 154 II. D.

85) Hierüber herrscht mit Ausnahme von Hullmann S. 50 Einstimmigkeit.

6) Die Frage der Erbschaften und Vermächtnisse veranlaßte bei Berathung des Gesetzes die erheblichsten Kontroversen. Nach Preußischem Landrechte (Thl. I Tit. 9 §. 391) war über eine nach der Konkurseröffnung anfallende Erbschaft nur unter Zustimmung des Konkursverwalters und des Gerichtes die rechtsgültige Erklärung möglich, wider den Willen der Gläubiger konnte nach der Pr. Gerichtsordnung Thl. I Tit. 50 §. 41 der Gemeinschuldner nicht entsagen. Auch die B. Pr.-O. Art. 1208 Abs. 3 bestimmte, daß Erbschaften und Vermächtnisse, welche dem Gantschuldner angefallen sind, von der Gläubigerschaft für die Masse angenommen werden können. Sowohl in der ersten Lesung der Justizkommission wie in der zweiten (K. Prt. S. 1 ff. und S. 145 ff.) wurden Versuche gemacht, dasselbe System zur Annahme zu bringen, jedoch vergeblich. Hienach stellt sich jetzt die Sache folgendermaßen:

a) Erbschaften und Vermächtnisse, welche bereits vor der Konkurseröffnung erworben sind, gehören zur Masse, die Gläubiger können aber dieselben, wenn sie ihnen nicht vortheilhaft scheinen, aufgeben (§. 122 Ziff. 2 der KO.).

b) Erbschaften und Vermächtnisse, welche erst nach der Konkurseröffnung anfallen, gehören nicht zur Masse [86]).

c) Sind Erbschaften und Vermächtnisse bereits vor der Konkurseröffnung angefallen, so ist zu unterscheiden:

α) Im Falle die Erbschaft oder das Vermächtniß nach dem geltenden

---

Doch besteht die Untermeinung, daß wenn der Verwalter die Thätigkeit des Gemeinschuldners ausüben könne, dann der Gegenbezug in die Masse falle.

86) Diese Bestimmung macht es allerdings möglich, daß der Gemeinschuldner, welcher während des Konkursverfahrens eine Erbschaft erwirbt, unter dem Schutze des §. 11 der KO. dieselbe verschleudert; es wurde deshalb noch in der zweiten Lesung beantragt, zu bestimmen: „Erbschaften und Vermächtnisse des Gemeinschuldners gehören zur Konkursmasse, auch wenn ihm solche erst nach Eröffnung des Verfahrens anfallen; Erbschaften und Vermächtnisse, über deren Annahme oder Entsagung der Gemeinschuldner sich vor Eröffnung des Verfahrens nicht erklärt hat, oder welche ihm während des Verfahrens anfallen, kann der Konkursverwalter Namens des Gemeinschuldner erwerben." Mit Recht wurde aber (z. B. von Appellationsgerichtsrath Dr. Hauser, K. Prt. S. 147) aufmerksam gemacht, daß durch die Aufnahme einer solchen Bestimmung „große und schwierige Komplikationen entstehen würden, da, weil doch auf den neuen Erwerb auch die neuen Gläubiger einen Anspruch hätten, in dem eigentlichen Konkursverfahren noch ein zweites Konkursverfahren eröffnet werden müßte."

Landesrechte sofort mit dem Anfalle auch als erworben gilt, hat die Masse darauf Anspruch.

β) Sobald jedoch das Civilrecht noch eine Handlung des Erben oder Legatars, einen Antritt, eine Annahme erfordert, damit das Angefallene auch rechtlicher Erwerb werde, so daß der Anfall nur als die Möglichkeit der rechtlichen Erwerbung sich darstellt, gehört die Erbschaft und das Vermächtniß nur dann zur Masse [87]), wenn nicht blos der Anfall, sondern auch die betreffende Handlung erfolgt ist [88]).

Dies ist im Gebiete des Gemeinen Rechtes [89]) für alle Erben, die nicht sui heredes sind [90]), und im Bayerischen Landrecht für alle Erben Rechtens, denn dieses schreibt Thl. III Cap. I §. 4 Nr. 2 vor: „Gehet durch den bloßen Anfall kein Mehreres zu, als die Befugniß oder das Recht, hereditatem delatam mit Worten oder Werken antreten zu dürfen." Ebenso verfügen die Nürnberger Reformation und das Vorderösterreichische Recht (vgl. Roth a. a. O. §. 363). Dagegen ist nach Preußischen Rechte (Landrecht Thl. I Tit. 9 §. 368) [91]) sowie nach Französischem Rechte (Code civil Art. 777 und 788) [92]) die Erbschaft mit dem Anfalle auch erworben, einer besonderen Antretung bedarf es nicht.

Allerdings steht dem Erben das Recht der Entsagung zu; allein dieses setzt nicht blos ein „Nichtwollen" (wie beim beneficium abstinendi), son-

---

87) Dasselbe muß auch bei einer noch nicht acceptirten Schenkung gelten.

88) Ebenso v. Sarwey S. 8, Stieglitz S. 18, Fitting §. 13 Note 31. Anderer Ansicht: Hullmann S. 51, Petersen S. 13, v. Wilmowski S. 59. Dieselben gehen von der Ansicht aus, daß der Anfall schon ein Recht auf die Erbschaft begründet, welches gleichsam von der Bedingung des Antrittes abhänge. Trete nun der Erbe an, so gelte die Erbschaft als bereits im Momente des Anfalles, demnach für die Masse erworben. Allein mit den Grundsätzen des RR. läßt sich dies offenbar nicht vereinigen. Vgl. Windscheid §. 531 a. E. Die Entscheidung des OHG. v. 23. Oktober 1874 (Entsch. Bd. XVI S. 345) fußt auf Preußischem Recht.

89) Mit Ausnahme der sofort auszuführenden fünf Partikularrechte folgen alle übrigen in Bayern giltigen Civilrechte in diesem Punkte dem Gemeinen Rechte.

90) Dem suus heres, welcher Gemeinschuldner ist, kann das beneficium abstinendi nicht abgesprochen werden; da dies nur ein „Nichtwollen" ist, wird in solchem Falle nach l. 6 pr. §. 2, §. 5 D. quae in fraudem credit. (42, 8) und l. 28 pr. D. de verb. sig. (50, 16) die Masse leer ausgehen müssen.

91) „Derselbe (der zur Erbschaft Berufene) erlangt das Eigenthum der Erbschaft, nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne daß es einer weiteren Besitzergreifung bedarf."

92) Nach den Motiven; ich halte es für sehr zweifelhaft, ob nach der neuen Konkursordnung der Art. 788 noch als gültig angesehen werden kann.

dern eine Aeußerung des der Annahme entgegengesetzten Willens, also eine rechtlich wirksame Handlung voraus, zu welcher der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung nicht mehr berechtiget ist, da er jede Dispositionsbefugniß verloren hat, so daß er den Gläubigern nicht mehr präjudiziren kann.

Bei Legaten ist auch nach Gemeinem Rechte schon mit dem Anfalle ihr Vermögenswerth erworben. Dieser Erwerb kann zwar vom Legatar zurückgewiesen werden, da aber zu solcher Zurückweisung der Kridar nicht mehr befugt erscheint, so sind vor der Konkurseröffnung angefallene, wenn auch später erst angenommene Vermächtnisse zur Masse gehörig [93]).

Wer in allen Fällen die Annahme zu erklären hat, darüber siehe bei §. 5.

Absatz II.

b. (Der Nießbrauch).

Der Absatz II des §. 1 gibt, so wie er lautet, zu verschiedenen irrigen Auslegungen Anlaß. Nachdem das Gesetz durch denselben ausdrücklich bestimmt: „der Nießbrauch am Vermögen der Ehefrau und der Kinder gehört zur Konkursmasse", müßte man eigentlich argumento e contrario folgern: also jeder sonstige Nießbrauch gehört nicht zur Masse. Dieser Schluß wäre aber falsch, es ist kein Grund denkbar, weshalb der Nießbrauch im Allgemeinen vom Zugriff der Gläubiger ausgenommen sein sollte und weshalb gerade der zur Alimentirung der Familie dienende besondere Nutzgenuß dem Schuldner eher entzogen werden dürfte, als ein Nutzgenuß, an welchem solche Verpflichtungen gar nicht haften.

Oder man könnte glauben, da das Gesetz ausdrücklich sagt, der „Nießbrauch", welcher dem Ehemanne und Vater zusteht, falle in die Konkursmasse, so solle nicht blos die Ausübung des Rechtes, sondern das Recht selbst, der usus fructus, als Servitut zur Masse gezogen werden; aber auch diese Auslegung wäre falsch; denn eine solche Vorschrift wäre juristisch einfach unmöglich. Die Personalservitut kann ihrem Begriffe und ihrer Rechtsnatur nach nicht auf einen Anderen übergehen; Niemand wird z.B. bezweifeln, daß, wenn der Ehemann A während des Konkurses stirbt, nicht die Gläubiger an seiner Statt auch nach seinem Tode die Renten des ehefräulichen Vermögens beziehen dürfen. Der Grund der obigen gesetzlichen Bestimmung liegt aber auch nicht etwa darin, daß ausgesprochen werden sollte, der gesetzliche Nießbrauch des Ehemannes und Vaters falle unter allen

---

93) Die einzelnen Ausnahmen (vgl. Seuffert S. 327) sind ohne praktische Bedeutung. Ebenso Fitting §. 13 Note 29.

Umständen in den Konkurs, ohne Rücksicht auf etwaige partikularrechtliche Bestimmungen, welche dem Gantirer das Recht dieser Nutznießung entziehen; im Gegentheil, diese Bestimmungen sind in den Motiven ausdrücklich vorbehalten. (Vgl. Erläuterung zu lit. i.)

Die Bedeutung des Abs. II liegt nur in seinem zweiten Satze, wie sich aus der Fassung des II. Entwurfes ergibt: „Der Nießbrauch, welcher u. s. w. gehört nur soweit zur Konkursmasse u. s. w."; womit die Bestimmung des Bayerischen Rechtes (Art. 1209 Abs. 5) und der Preußischen Konkursordnung (§. 93) übereinstimmt. Es soll also die obige Bestimmung lediglich aussprechen, daß der Nießbrauch im Allgemeinen seiner ganzen Ausübung nach von dem Konkurs ergriffen wird, der eheherrliche und väterliche aber nur solange das Verfahren dauert, und daß ferner: bei jedem sonstigen Nießbrauche der volle Ertrag in die Konkursmasse fällt, bei dem eheherrlichen und väterlichen usus fructus aber der Nutznießer eine gewisse Kompetenz beanspruchen könne [94]).

Im Laufe der Verhandlungen gewann übrigens der Abs. II noch eine weitere Bedeutung. Abgeord. Hullmann (K. Prt. S. 3) machte nämlich aufmerksam, daß nach einzelnen in Deutschland bestehenden Gesetzen [95]), theilweise auch nach Gerichtsgebrauch der eheliche und väterliche Nießbrauch als nicht zur Konkursmasse gehörig betrachtet werde, weshalb man hier nicht in das Partikularrecht eingreifen solle; hingegen bemerkten die Vertreter der Regierung, daß die Frage, welche Bestandtheile des Vermögens des Gemeinschuldners zur Masse zu ziehen seien, nicht den einzelnen Civilrechten überlassen bleiben, sondern in der Konkursordnung entschieden werden müssen (K. Prt. S. 4 unten). Auf dieses hin wurde der Vorschlag, den Abs. II folgendermaßen zu fassen:

> „Ob der Nießbrauch, welcher dem Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens an dem Vermögen seiner Ehefrau oder seiner Kinder nach den Landesgesetzen zusteht, zur Konkursmasse gehört, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Rechte"

abgelehnt. Hiemit ist festgestellt, daß alle jene landesgesetzlichen Bestimmungen, welche vorschreiben, daß der Nutzgenuß des Ehemannes an dem Vermögen der Frau oder derjenige des Vaters an dem Vermögen der Kinder auch seiner Ausübung nach dem Zugriffe der Gläubiger entzogen bleibe, daß dessen Erträgnisse nicht in die Messe fallen, als aufgehoben anzusehen

---

94) Ich kann daher in der angenommenen Veränderung der Fassung nur eine erhebliche, stylistisch „Verböserung" finden, nicht eine „Verbesserung" (wie v. Sarwey S. 16 meint).

95) Z. B. Oldenburgisches Gesetz v. 24. April 1873, das eheliche Güterrecht betr. Art. 10 und 44.

sind; dagegen erstreckt sich diese Aufhebung nicht auf jene landesrechtlichen Bestimmungen, welche (wie in der folgenden Erläuterung erörtert wird) den ususfructus maritalis oder paternus einem Kridar überhaupt entziehen[96]); nicht das materielle Recht, wann der ususfructus erlösche, sollte beseitigt oder modifizirt werden, sondern nur die prozessuale Vorschrift, daß ein fortdauernder ususfructus den Gläubigern entzogen sei[97]).

i. (während der Dauer des Verfahrens nach den Landesgesetzen zusteht.)

Nachdem die KO. sich des Ausdruckes bedient „nach den Landesgesetzen zusteht", kann ein durch Vertrag oder letztwillige Verfügung dem Ehemanne von der Ehefrau selbst oder einem Dritten eingeräumter Nießbrauch vom Vermögen der Frau oder Kinder nicht hierunter begriffen werden[98]).

Wurde die bereits gesetzlich begründete Nutznießung vertragsmäßig oder letztwillig nur bestätigt, so hat dies keinen Einfluß.

Ob dagegen die Gläubiger sich Modifikationen zu ihrem Nachtheile gefallen lassen müssen[99]), hängt davon ab, ob das Vermögen, an welchem der Nießbrauch besteht, der Ehefrau aus eigenem Rechte gesetzlich zukommt oder nicht. Wenn A die B, welcher nach dem Tode ihres Vaters von ihrer verstorbenen Mutter her 100,000 Mk. Vermögen zukommen, unter der Herrschaft eines Rechtes heirathet, nach welchem beim Nichtvorhandensein eines Ehevertrages dem Manne der unbeschränkte Nießbrauch zusteht, so wird der Vater B nicht zum Nachtheile der Gläubiger des A letztwillig verfügen können, daß dem A der Nießbrauch an jenen 100,000 Mk. entzogen sei. Wenn aber C die D heirathet, so kann doch der Onkel der D, ohne daß die Gläubiger des C dies anfechten können, bestimmen, daß an dem von ihm der D hinterlassenen 100,000 Mk. dem Ehemanne der Nießbrauch nicht zustehen solle, wenn auch im maßgebenden Rechte bestimmt ist, daß dem Ehemanne an Allem die Nutznießung zusteht, was während der Ehe der Ehefrau durch Erbschaft, Schenkung oder Glücksfall zufällt.

Wenn die Landesgesetze bestimmen, daß dem Ehemanne oder dem Vater, während er einem Konkursverfahren unterliegt, der sonst zustehende Nießbrauch am Vermögen der Ehefrau oder der Kinder entzogen sein sollte, so hat es hiebei sein Bewenden; dieser Verlust ist nicht durch den §. 1

96) Mit Recht bemerkte Dr. Goldschmidt bei der Berathung, daß hiedurch eine gewisse Ungleichheit entstehe.

97) Aus diesem Grunde kann auch jetzt noch im Wege der Landesgesetzgebung verordnet werden, daß mit Ausbruch des Konkurses der ususfructus maritalis erlösche. Vgl. K. Prt. S. 5 oben.

98) Ebenso Hullmann S. 59; Petersen S. 19; v. Wilmowski S. 63.

99) Welcher Ansicht Meisner S. 20 u. Petersen S. 19 zu sein scheinen.

Abs. II beseitigt, im Gegentheile die obigen Worte sollen, wie bei den Verhandlungen[100]) bemerkt wurde, „deklariren, daß der Nießbrauch nur, sofern er nach Landesrecht bei einer Konkurseröffnung fortbestehe, zur Masse gehöre“.

Nach den Motiven (zum II. E. S. 23) enthält beispielshalber eine solche Bestimmung für den Nießbrauch des Ehemannes die Hamburger Falliten-Ordnung in Art. 28 und 30 und für die väterliche Nutznießung die Ernestinische Prozeßordnung v. 1670. (Auch nach Gemeinem Rechte ist der Ehefrau das Recht eingeräumt, die dos zurückzufordern, wenn der Ehemann verarmt oder gar in Konkurs geräth.)[101])

Was die in Bayern geltenden verschiedenen Civilrechte betrifft, so ist Folgendes zu bemerken:

1) Eine ausdrückliche Anordnung, daß die in der väterlichen Gewalt begründeten Befugnisse der Verwaltung und Nutznießung am Kindergute durch den Konkurs von selbst erlöschen, enthält das Preußische Landrecht Thl. II Tit. 2 §. 206: „wenn aber der Vater in Konkurs verfällt, — so verliert er die Verwaltung und den Nießbrauch des Vermögens der Kinder“.

Außer dieser Gesetzesstelle ist mir eine gleiche Vorschrift in keinem der in Bayern geltenden Statuten bekannt.

2) Dagegen ist fast allgemein die Befugniß der Ehefrau und des Gerichtes anerkannt, bei Gefährdung des dem eheherrlichen und väterlichen Nießbrauche unterliegenden Vermögens Vorsorge zu treffen. So bestimmt z. B. das Bayerische Landrecht Thl. I Kap. VI §. 25:

„Da nun der Ehemann durch liederliche Hauswirthschaft oder sonst in solchen Abfall gerathet, daß die Frau mit dem Ihrigen in Gefahr steht, so soll die Obrigkeit derselben entweder auf Anrufen oder auch nach vorläufiger Erkundigung von Amtswegen einen oder zwei curatores bonorum aus ihren nächsten Befreundeten bestellen, welche ihr Vermögen insolange, bis man von ihrem Ehegatten genugsam gesichert ist, praevio inventario verwalten“.

Es fragt sich nun, wie sich zu diesen landesgesetzlichen Bestimmungen die Vorschrift der KO. §. 1 Abs. II verhält? Ich halte es nicht für zweifelhaft, daß, wenn zu Gunsten der Ehefrau und bez. der Kinder die Entsetzung des Ehemannes bez. Vaters aus der Verwaltung verfügt ist, der Nießbrauch nicht mehr in die Konkursmasse fällt; es ist hier, wir mir scheint, nicht eine prozessuale Vorschrift in Frage, welche den Gläubigern den Zu-

---

100) Vgl. die K. Prt. S. 5; die allgemeine Regelung der Frage wurde mit Recht der zu erwartenden allgemeinen Civilgesetzgebung überlassen.

101) fr. 22 §. 8, fr. 24 pr. D. sol. matr. (24, 3).

griff entzieht und welche (vgl. die Erläuterung auf S. 75) durch die KO. aufgehoben sein würde, sondern es handelt sich um eine durch das materielle Eherecht verfügte Aufhebung des Nießbrauches gegen den liederlichen Hausvater [102]).

Es wird in derartigen Fällen der §. 35 der KO. maßgebend und die Entsetzung des Ehemannes oder Vaters außerhalb des Konkursverfahrens zu behandeln sein; hiedurch aber entzieht sich ein so beanstandeter Nießbrauch der Einverleibung in die Masse.

3) Wo die Landesgesetze verfügen, daß das Eingebrachte der Frau und das Kindergut im Konkurse selbst zu liquidiren und die Aufhebung des bisherigen Nießbrauches erst die Folge des beendigten Verfahrens ist, fallen die Nutzungen während dieses Verfahrens in die Masse; so nach Preußischem Landrechte (Th. II Tit. 1 §. 261). Indessen ist festzuhalten, daß auch nach diesem Systeme der Masse an sich auf den Ueberschuß der Nutzungen ein Recht nicht zusteht, daß dies nur eintritt als Folge der Verwaltung eines zur Masse gehörigen eingebrachten Objektes bis zu dessen Rettung aus dem Konkurse; ist aber ein solches Objekt im Besitze der Ehefrau selbst geblieben, so hat letztere, da der Mann sein Recht in Folge seiner Unfähigkeit zur Beschaffung des Unterhaltes der Frau verloren, auch die Nutzungen allein zu beziehen [103]).

k. (an dem Vermögen seiner Ehefrau).

Das Gesetz hat mit Absicht sich des allgemeinen Ausdruckes „Nießbrauch am Vermögen seiner Ehefrau" bedient; es ist dadurch der Richter der Aufgabe überhoben, in jedem konkreten Falle erst eine Untersuchung darüber anzustellen, ob der Ehemann das ehefräuliche Vermögen als dos [104]) oder als Eingebrachtes oder unter welch' anderem Titel in Verwaltung und Genuß hat. Als Regel gilt: die Gläubiger haben in allen Fällen auf die Nutzungen desjenigen Vermögens der Ehefrau Anspruch, von welchem wäh-

---

102) Eine Ausnahme muß natürlich dann stattfinden, wenn das Gesetz selbst (wie z. B. das Preußische LR. beim Erbschatze Th. II Tit. 1 § 308) die Nutzungen, soweit sie nicht zum Unterhalte der Berechtigten nöthig sind, den Gläubigern zuspricht.

103) So entscheidet ein Erkenntniß des Obertribunals von Berlin vom 25. Januar 1859 (Entsch. Bd. 40 S. 380 ff.), ein Erkenntniß des ROHG. vom 19. Januar 1874 dagegen (Sammlung Bd. 16 S. 217 ff.) scheint von einer anderen Anschauung auszugehen.

104) Es wird hier von dem Falle abgesehen, daß etwa nach dem konkreten Eherechte der Mann volles Eigenthum an der dos erlangt, so daß die Frau nur als Gläubigerin für deren Betrag auftreten kann.

rend der Ehe der Mann kraft des Gesetzes diese Nutzungen zu ziehen hat [105]). Welches ehefräuliche Vermögen hieher zu rechnen ist, entscheidet das betreffende Civilrecht, und es macht hiebei keinen Unterschied, ob dieser Nießbrauch unmittelbar oder nur mittelbar auf dem Gesetze beruht, welchem sich die Eheleute durch den Ehevertrag unterworfen haben [106]). Für die einzelnen in Bayern geltenden Rechte kommt in dieser Hinsicht Folgendes zu bemerken:

1) Wo Gemeines Recht gilt, ist das sämmtliche Paraphernalvermögen der Frau (soweit sie nicht ihrem Gatten speziell den Genuß daran eingeräumt hat) [107]) der Nutznießung des Ehemannes entzogen [108]); in gleicher Weise entscheiden einzelne Statutarrechte, z. B. das Bamberger Landrecht.

2) Nach den meisten Partikularrechten hingegen (Casteller Recht, Fränkische Landgerichtsordnung, Nürnberger Reformation, Schweinfurter Statutarrecht, Regensburger Stadtrecht, Mainzer Landrecht, Ulmer Stadtrecht, Solmser Landrecht und anderen) besteht der Nießbrauch des Ehemannes an allem nicht ausdrücklich ausgenommenen [109]) Vermögen der Frau, so daß nur die sogenannten Rezeptizgüter davon befreit sind [110]). Dies ist insbesondere in den Systemen der sogenannten partikulären Gütergemeinschaft der Fall in Betreff derjenigen Vermögenstheile, welche Sondergut bleiben, und selbst bei einigen Rechten, welche allgemeine Gütergemeinschaft festsetzen, hinsichtlich der sog. Einshandgüter [111]) z. B. Hohenloher LR. I 1. 4; vgl. Roth a. a. O. Bd. I S. 376 Note 9).

---

105) Eine Ausnahme wird zu statuiren sein, wenn der Ehemann als Miteigenthümer die Nutzungen nur kraft seiner stärkeren Stellung einhebt, die Ehefrau aber ihren Antheil herausziehen kann.

106) Vgl. Note 99.

107) Wenn dies der Fall war, wird bis zum Nachweise des Gegentheils der Frau die Befugniß zustehen müssen, diese Einräumung dem in Konkurs fallenden Manne zu entziehen.

108) Nach c. 8 C. de pact. conv. super dote (5, 15); die entgegengesetzte in der früheren Doktrin adoptirte Ansicht ist unhaltbar; vgl. Seuffert §. 462[c], Arndts §. 412, Puchta §. 423.

109) Es galt ehedem sogar für „unweiblich", wenn die Frau solche Ausnahmen machte; so hält der Commentator des älteren Bayerischen Landrechtes v. 1616, Baron v. Schmid: „derartige reservationes für ein sicheres Kennzeichen von versoffenen, verspielten und hochmüthigen Weibspersonen"; vgl. Kreittmayr Annot. S. 290 (Ausg. v. 1821).

110) Auch wo die Nutzung eine gemeinsame ist, wie in Nürnberg und Würzburg, fällt der Antheil des Mannes unter den §. 1 Abs. II der KO.

111) „Einshandgüter", nicht „Einhandsgüter" benennt sie das Bayerische Landrecht.

3) Was das Bayerische Landrecht betrifft, so schließt sich dieses den ebengenannten Rechten an, indem es in Th. I Cap. VI §. 22 der „in Deutschland per generalem fere constuetudinem hergebrachten“ Regel folgt und bestimmt, daß auf das Paraphernale, soweit hierauf die Administration und Nutzung der Ehefrau nicht „durch besondere Geding ausdrücklich vorbehalten ist, gedachte Administration und Nutznießung dem Manne zusteht“.

Desgleichen verordnet das Preußische Landrecht Th. II Titel 1 §§. 205 und 231, daß alles Vermögen der Frau, soweit es nicht zum persönlichen Gebrauche der Frau dient oder durch Vertrag vorbehalten ist, für Eingebrachtes gilt und der Mann in Ansehung derselben alle Rechte und Pflichten eines Nutznießers habe.

Sonstige besonders hervorzuhebende landesgesetzliche Bestimmungen bestehen zur Zeit in Bayern nicht.

1. (oder seiner Kinder).

Das Gemeine Recht gewährt dem Vater die Nutznießung an dem Sondergute der Kinder, mag dieses durch eigenen Fleiß derselben und ihre Thätigkeit[112]) oder durch Glückes Gunst oder auf andere Art[113]) erworben sein; insbesondere an dem sogenannten Muttergute, d. h. den Gütern, welche das Kind von seiner Mutter oder von mütterlichen Ascendenten geerbt hat; dieser Nießbrauch hört auf mit der Erlöschung der väterlichen Gewalt (vgl. Seuffert §. 448, Puchta §. 437).

Die meisten Partikularrechte folgen diesen Grundsätzen, das Bayerische Landrecht macht in Th. I Cap. V §. 5 nur für die eigentlich altbayerischen Provinzen[114]) und zu Gunsten des siegelmäßigen[115]) Vaters in Betreff des Muttergutes die Ausnahme, daß dieser Nießbrauch lebenslänglich dauert. Das Preußische Landrecht Th. II Titel 2 §. 147 und 162

---

112) Auch was er durch Heirath erwirbt (c. 1 C. 6, 61) und selbst die ihm gemachten Pathengeschenke; vgl. Seuffert §. 488 Note 2.

113) Ausgenommen der Erwerb durch Kriegsdienst oder ein Amt und einige besondere Erwerbungen, die das peculium militare (castrense et quasi castrense) begründen. Ein peculium profectitium ist im heutigen Rechte nicht hergebracht; vgl. Roth a. a. O. S. 449.

114) In der Oberpfalz bleibt es bei der gewöhnlichen Regel.

115) Siegelmäßig im Sinne des Landrechtes war der Adel, die Doktoren der Rechte, der Medizin und Theologie, die Oberoffiziere, die Staats- und Hofdiener (höherer Ordnung), die Patrizier und Bürgermeister der Hauptstädte; vgl. Pözl, Lehrbuch des bayr. Verf.-R. §. 7. Die außerdem zu den Siegelmäßigen noch gehörenden katholischen Priester sind hier nicht in Frage.

bestimmt zwar, daß das „freie" Vermögen der Kinder[116]) vom Vater nicht genossen wird und dessen Zinsen wieder dem Vermögen zuwachsen, läßt aber doch eine Verwendung der letzteren zur Erziehung und Verpflegung der Kinder durch den Vater zu; hinsichtlich des „nichtfreien" Vermögens hat der Vater nach §. 168 die Verwaltung und den Nießbrauch, so lange die väterliche Gewalt dauert. Auch an dem sogenannten „Erbschatze", unter welchem das Pr. LR. (Th. II Tit. 1 §. 276 und 277) Zuwendungen an die Eheleute mit der Verordnung, daß solche zum Besten der aus der Ehe erzeugten Kinder aufbewahrt werden sollen, versteht, gebührt (§. 287) der Nießbrauch, so lange die Ehe besteht, dem Manne.

Eine vollständig abweichende Anordnung trifft das sogenannte Vorderösterreichische Recht[117]), welches dem Vater zwar die Verwaltung des Kindergutes, aber nicht die Nutznießung gestattet (vgl. Roth a. a. O. S. 451 Note 40).

m. (gehört zur Konkursmasse).

Diese Worte besagen vor Allem, daß die Erträgnisse des Nutzgenusses zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden sollen; sie bestimmen aber auch ferner, daß die Verwaltung des Vermögens, an welchem der Nießbrauch besteht, auf den Konkursverwalter übergeht. Dies ist zwar im Gesetze nicht, wie in der Pr. KO. (§. 93 „das dem Nießbrauch unterworfene Vermögen wird für Rechnung der Konkursmasse verwaltet") und ebenso im Pr. HG. §. 748 ausdrücklich enthalten, allein auf Anfrage des Abg. Dr. Websky wurde solches in den Berathungen von dem Regierungsvertreter noch speziell konstatirt[118]).

Es ergiebt sich nun aber die Frage: wie ist das Wort „gehören" zu interpretiren; fällt die Nutznießung nach ihrer ganzen Ausübung oder nur nach ihrer Ausübung während des Konkurses in die Masse? Ich glaube das Letztere[119]) und schließe dies nicht nur aus den Worten des Gesetzes: „Der Nießbrauch, welcher dem Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens — zusteht", sondern insbesondere auch aus der Vergleichung mit

---

116) Das freie Vermögen des P. LR. entspricht so ziemlich dem peculium militare des Gemeinen Rechtes, nur gehört zum freien Vermögen auch der Erwerb der Kinder durch eigenen Fleiß außerhalb des väterlichen Geschäftes (§. 148).

117) Gültig in einigen Theilen von Schwaben, z. B. in Burgau.

118) Reg. Hagens bemerkte sogar, dieses Verwaltungsrecht gehe aus §. 5 klar hervor.

119) In Uebereinstimmung mit Fitting §. 13 Note 6, Petersen S. 17, v. Wilmowski S. 61. Anderer Meinung ist v. Sarwey S. 15 [13], Meisner S. 22, Stieglitz S. 25.

den Quellen des fraglichen Abs. II. Sowohl die Pr. KO. als insbesondere der Pr. HE. sprechen deutlich aus, daß nur die Nutzungen während des Konkurses in die Masse fallen sollen; in den Motiven zu letzterem Entwurfe (S. 415) wird sogar das Verwaltungsrecht des Konkursverwalters an dem Vermögen der Ehefrau während des Konkurses aus dem Umstande gefolgert, daß die Nutzungen, soweit sie während des Konkurses erwachsen, einen Theil der Konkursmasse bilden. Es ist nicht anzunehmen, daß die Konkursordnung beabsichtigt hat, etwas von dem Bisherigen Abweichendes zu schaffen [120]), um so weniger als es praktisch zu den schwierigsten Verwicklungen führen und zugleich eine große Härte gegen die Frau und Kinder in sich schließen würde, wenn die Gläubiger die Ausübung des Nießbrauchsrechtes für immer veräußern könnten [121]). Denn nachdem selbstverständlich eine solche Veräußerung nur unter Aufrechthaltung der auf dem Nießbrauche ruhenden Last des Unterhaltes der Familie stattfinden könnte, so wäre diese mit der desfallsigen Forderung fortan an einen Dritten gewiesen, was dem Begriff der Ehe vollständig widerspräche.

Hiezu kommt endlich die Erwägung, daß zwar während des Konkurses der Gemeinschuldner in Folge der durch § 5 verfügten Entziehung der Dispositionsbefugniß sich die Veräußeruug gefallen lassen müßte, sofort nach geendigtem Konkurse aber sich beeilen würde, auf sein Nießbrauchsrecht (was er ja jederzeit kann) [122]) zu verzichten, so daß sich für ein solches unsicheres Recht (wie v. Sarwey zugibt) kaum je ein Käufer finden würde.

n. (der Gemeinschuldner).

Auch hier tritt die Rechtsregel ein, deren oben (S. 69) erwähnt ist; die Gemeinschuldnerin hat unter den im Abs. II aufgeführten Voraussetzungen den gleichen Anspruch [123]). Gesetzt den Fall, Frau Ameyer hat sich von ihrem Manne wegen Untreue scheiden lassen; das Gericht hat ausgesprochen, es stehe derselben auf Grund der Landes-Gesetze an dem Vermögen des als schuldigen Theil erklärten Ehemannes die lebenslängliche Nutznießung zu; später wird der Ehemann erwerbsunfähig und die Frau geräth in Konkurs; unzweifelhaft findet §. 1 Abs. II der KO. Anwendung; Frau Ameyer hat aus der Masse von den Nutzungen des Vermögens ihres Ehemannes sowohl ihren eigenen angemessenen Unterhalt als das zur Alimentation ihres Mannes erforderliche Quantum zu beanspruchen.

---

120) Die Motive sagen, nachdem sie die Pr. KO. citirt haben: „Der Entwurf schlägt ein Gleiches vor".

121) Wie dies beim sonstigen Nießbrauch zulässig ist, vgl. oben S. 53.

122) Wenigstens nach der communis opinio; anders Windscheid a. a. O., der die Befugniß zum Verzichte einschränkt.

123) Ebenso Hullmann S. 59; A. A. Meisner S. 20.

Ebenso wird in dem Falle zu entscheiden sein, wenn eine Wittwe in Konkurs geräth, welcher der Nutzgenuß an dem Vermögen ihres verlebten Ehemannes nach dem maßgebenden Güterrecht[124]) zusteht. Daß die in Konkurs gefallene Mutter, soweit ihr an dem Vermögen ihrer Kinder die Nutznießung zusteht[125]), nach obigem Absatze zu behandeln ist, versteht sich ohnehin von selbst[126]).

Einer besonderen Erwähnung erfordert der Art. 8 Absatz II des A. D. GHB. Dieser bestimmt, daß im Konkurse der Handelsfrau der Nießbrauch ihres Ehemannes in die Konkursmasse fällt. In diesem Falle also gehört „der Nießbrauch, welcher einem Andern an dem Vermögen einer Gemeinschuldnerin zusteht, in die Masse." Es ist also nicht der Fall des vorstehenden zweiten Absatzes des §. 1 gegeben und daraus ließe sich folgern, daß hier der Ehemann nicht die Wohlthat der Kompetenz für sich in Anspruch nehmen könne. Allein wenn sogar da, wo der Nutznießungsberechtigte selbst seinen Gläubigern nicht gerecht werden kann, das Gesetz ihm sein Recht soweit beläßt, daß er die höhere Pflicht der Alimentation seiner Familie erfüllen kann, muß ihm diese Wohlthat meines Erachtens um so mehr da zu Theil werden, wo er selbst nicht verschuldet ist, sondern das Gesetz nur seinen Anspruch hinter den der sonstigen Forderungsberechtigten zurücktreten läßt.

o. (beanspruchen).

Es lassen sich zwei Wege denken, wie die vom Gesetze gewollte Theilung der Nutzungen zwischen dem Ehemann bez. Vater und den Konkursgläubigern in das Werk gesetzt werden könnte. Es wäre vor Allem möglich, festzusetzen, daß überhaupt nur derjenige Ertrag des Nießbrauches in den Konkurs fiele, welcher nach Bestreitung des Unterhaltes der Familie übrig bleibt, und in dieser Art scheint z. B. der Pr. HE. §. 748 die Sache angesehen zu haben, indem er aussprach: „die Nutzungen fließen zur Konkursmasse, soweit sie nicht u. s. w." Der Abs. II des §. 1 geht den entgegengesetzten Weg; das gesammte Erträgniß des Nießbrauches wird in die Masse gezogen, und dem Ehemanne bez. Vater ein Betrag für seinen und seiner Familie Unterhalt herausvergütet, gerade so wie die nach §. 118 und 120 der KO. dem Gemeinschuldner überhaupt bewilligte Alimentation. So-

---

124) z. B. nach der Nov. 117 cap. 5.

125) Es wird dies in den Fällen der fortgesetzten Gütergemeinschaft häufig vorkommen.

126) Die in Erläuterung m abgedruckten Motive bedienen sich deshalb des Ausdruckes „den Eltern am Vermögen ihrer Kinder".

nach stellt sich der auf die Unterhaltung der Familie zu verwendende Theil an den Nutzungen des ususfructus als eine Masseschuld dar, über welche §. 52 Ziff. 2 der KO. gesprochen wird. Indessen ist das Wort „beanspruchen" hier nicht dahin auszulegen, als habe der Gemeinschuldner die Befugniß, die Quote definitiv festzusetzen, welche er zum Unterhalt der Familie bedarf, sondern über der Höhe der Alimentation haben auch die Gläubiger ein Wort mitzusprechen. Der Regierungsvertreter hat zwar in der Justizkommission (K. Prt. S. 5) bemerkt: „in diesem Falle habe der Schuldner, soweit der Nießbrauch nicht zur Masse gehöre, einen klagbaren Anspruch auf dessen Ausantwortung gegen den Verwalter, im Gegensatze zu der etwa nach §§. 119 (soll wohl heißen 118) und 120 zugebilligten Kompetenz, auf deren Gewährung dem Schuldner ein klagbarer Anspruch nicht zustehe", allein diese Anschauung bedarf einer Limitation; ist die Kompetenz einmal wirklich zugebilligt, so kann sie auch in den Fällen des §. 118 und 120 der KO. der Gemeinschuldner mit Hülfe des Gerichts erzwingen; eine „Klage" wird aber weder in diesem noch in dem Falle des §. 1 Abs. II dem Gemeinschuldner einzuräumen sein[127]). Der Unterschied wird also etwa so festzustellen sein, daß im Falle des §. 1 Abs. II irgend einen Unterhalt die Gläubiger bewilligen müssen und nur über die Höhe eine Entscheidung zu treffen haben, während jede sonstige Alimentation von ihnen vollständig verweigert werden kann.

Weiterungen und Streitigkeiten bei Festsetzung des gebührenden Quantums werden nöthigenfalls durch den Konkursrichter zu entscheiden sein.

p. (angemessener Unterhalt).

Der Ausdruck „angemessener Unterhalt" ist in Parallele zu stellen mit dem Worte „nothdürftig" in §. 118 der KO. und mit der „Unterstützung", von welcher der §. 120 der KO. spricht. Es ergibt sich aus einer Vergleichung dieser verschiedenen Ausdrücke, daß der aus Erträgnissen des eheherrlichen bez. väterlichen Nießbrauches zu bewilligende Unterhalt für den Gemeinschuldner etwas weiter gegriffen werden soll, als die außerdem aus dem Vermögen zu gewährende Kompetenz; es soll weder eine bloße Unterstützung, noch auch eine nothdürftige Alimentation, sondern ein angemessener Unterhalt ihm verabfolgt werden. Eine bestimmte Größe des an den Gemeinschuldner abzugebenden Betrages oder auch ein invariables Verhältniß zwischen den in die Masse abzuliefernden und den dem Nutznießer zu belassenden Erträgnissen läßt sich natürlich nicht aufstellen; es wird sich die Quote nach dem Stande des Schuldners, nach der Höhe der Einkünfte, nach der Größe der Familie und nach der socialen Anschauung

127) A. M. Fitting §. 13 Note 7; Meisner S. 19; Stieglitz S. 24a; v. Wilmowski S. 62.

darüber, was im gegebenen Falle „angemessener" Unterhalt sei, zu bemessen haben. Für die Bäuerin des auf die Gant gekommenen Landwirths sind andere Bedürfnisse vorhanden, als für die von Jugend auf an einen gewissen Luxus gewohnte Frau eines falliten Banquiers; eine Ungleichheit vor dem Gesetze liegt also nicht darin, wenn der letzteren für eine Badereise Geld bewilligt wird, der ersteren aber nicht. Man darf nicht vergessen, daß es sich hier um Personen handelt, die eben so gut, ja mehr Anspruch auf das Nutzobjekt haben, als die Gläubiger, da ja eigentlich ihnen und nicht dem Gemeinschuldner das Vermögensobjekt in Frage gehört. Anders stellt sich natürlich die Sache, wenn die Frauen im obigen Beispiele selbst Konkurs gemacht hätten, dann müßte mit strengerem Maße gemessen werden.

q. (erforderlich sind).

„Mit dem Genuß, welchen das Gesetz dem Ehemanne an dem Vermögen seiner Ehefrau und den Eltern an dem ihrer Kinder verleiht (sagen die Motive zum II. E. S. 23[128]), verbindet das Gesetz zugleich Kosten und Lasten, welche von jenem untrennbar sind. Von den Nutzungen der dos sind die Kosten der Ehe und der Erziehung für die ehelichen Kinder der Frau zu bestreiten und der Nießbrauch am peculium dient vor Allem dazu, die Kinder, denen das peculium gehört, zu erhalten und zu erziehen. Schon nach bürgerlichem Rechte vermindern also die Nießbrauchs-Lasten und Kosten das Nutzungsrecht des Gemeinschuldners. Nur den Reinertrag der Nutzungen kann das Gesetz zur Konkursmasse ziehen". Hieraus ergäbe sich, daß die im vorstehenden Abs. II dem Gemeinschuldner gewährte Kompetenz, wenigstens soweit sie den Unterhalt der Ehefrau und den Unterhalt und die Erziehung der Kinder betrifft, keine blos subsidiäre sein würde, das heißt, daß auch, wenn die Ehefrau eigene Mittel zur Bestreitung ihrer Lebsucht besitzen sollte, oder wenn für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder bereits anderweitig gesorgt wäre, dennoch die Bestimmung des Abs. II (am Ende) einträte; denn die gesetzliche Verpflichtung des Ehemannes in abstracto bleibt auch in diesem Falle bestehen. Ich bin aber der Ansicht, daß, wenn der Gemeinschuldner anderweitige, vom Konkursverfahren nicht berührte Mittel besitzt, aus welchen er seinen Unterhalt bestreiten kann (z. B. Besoldung, Bezug aus einer Familienstiftung u. s. w.), dann aus den Nutzungen des ehefräulichen und Kinder-Gutes zum Zwecke „seines Unterhaltes" eben keine Mittel mehr erforderlich sind, daß dagegen „zur Erfüllung der auf dem fraglichen Nießbrauche haftenden gesetzlichen Verpflichtung zum Unterhalte der Ehefrau und zum Unterhalte und der Erzieh-

---

128) Diese Motive geben auch eine erschöpfende Darstellung der in dieser Frage von den übrigen Gesetzen getroffenen Bestimmungen.

ung der Kinder" die Mittel auch dann erforderlich erscheinen, wenn diese nicht lediglich hierauf angewiesen sind; dagegen wird natürlich bei Ausmessung des Quantums dessen, was hiezu verwendet werden soll, allerdings sehr viel darauf ankommen, ob für diese Zwecke noch andere Mittel vorhanden sind oder nicht.

r. (gesetzliche Verpflichtung desselben).

Diese Worte schließen den Anspruch des Gemeinschuldners für den Fall eines blos thatsächlichen Bedürfnisses aus. Zum Beispiel: der Fabrikant Ameyer ist von seiner ersten Ehefrau geschieden und hat dann eine zweite reiche Frau geheirathet: er geräth in Konkurs und will nun aus den Nutzungen des Heirathsgutes dieser letzteren die Mittel beanspruchen, um seine geschiedene Frau zu alimentiren; oder der fallite Banquier Bemeyer hat einen erstehelichen Sohn, den er in einem Institute erziehen läßt, und verlangt aus den Renten des Vermögens seiner zweitehelichen Kinder das zur Bezahlung der Institutspension erforderliche Geld. Darauf werden nach meinem Dafürhalten die Konkursgläubiger nicht eingehen müssen. Dem Wortlaute nach könnten freilich diese Fälle auch unter den Abs. II subsumirt werden, denn was begehrt wird, sind effektiv „Mittel zur Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung des Gemeinschuldners zum Unterhalte seiner Ehefrau bez. seines Kindes"; allein wie die bei lit. g citirten Motive zeigen, hat der Abs. II nur eine auf dem Nießbrauche als solchem lastende konkrete Alimentationspflicht im Sinne gehabt, und wenn auch in obigen Beispielen der Gemeinschuldner seine geschiedene Ehefrau und seinen erstehelichen Sohn zu ernähren gesetzlich verpflichtet ist, so hat er doch diese Pflicht nicht deshalb, weil er den Nießbrauch an dem Vermögen der zweiten Frau oder dem der zweitehelichen Kinder inne hat[129]).

Absatz III.

s. (nicht zur Anwendung).

Im gewöhnlichen Prozeßverfahren unterliegt bei Personen, welche Landwirthschaft betreiben, das zum Wirthschaftsbetriebe unentbehrliche Geräth, Vieh- und Feldinventarium nebst dem nöthigen Dünger, sowie die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind (CPO. §. 715 Nr. 5), dann bei Apothekern die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräthe, Gefäße und Waaren (CPO. §. 715 Nr. 8) der Pfändung nicht. „Für die Einzelpfändung rechtfertigen sich diese Ausnahmen durch die Rücksicht, daß der Schuldner an dem Fortbetriebe seines Geschäftes nicht gehindert werden

129) A. A. Meisner S. 19 Note 32.

soll. Diese Rücksicht fällt aber für das Konkursverfahren fort. Wo nicht schon durch die Eröffnung desselben der Fortbetrieb durch den Gemeinschuldner aufhört, bilden die Geräthschaften, Inventarien u. s. w. doch einen so erheblichen Bestandtheil seines Vermögens, daß sie von der Konkursmasse nicht ausgenommen werden können" [130]). Dieselbe Rücksicht waltet ob hinsichtlich des Inventariums der Posthaltereien, welches nach §. 20 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871 (RGBl. Nr. 42 S. 347) im Wege des Arrestes und der Exekution nicht mit Beschlag belegt werden darf, zur Konkursmasse aber zu ziehen ist, weil in diesem Falle ohnehin die Posthalterei auf einen Anderen wird übertragen werden [131]). Ueber den Fall, daß nur solches Vermögen vorhanden ist, siehe unten Bd. II §. 95 Note 13 und §. 99 Note 5 a.

---

130) Motive z. II. E. S. 19.

131) Die Apotheker sind übrigens in diesen Paragraphen gekommen wie der Pontius in's Credo, und es bildet diese Bestimmung ein Beispiel zu den Fällen, in denen Etwas Gesetz wird, ohne daß der Gesetzgeber es eigentlich wollte. Im Entwurf der Civilprozeß-Ordnung §. 715 (damals 664) Nr. 8 standen nämlich nicht die Apotheker, sondern die Posthalter; das diesen gegebene Privileg wollte man im Konkurse beseitigen und deshalb nannte der II. E. in §. 1 Abs. 3 Ziff. 5 u. 8 (Landwirthe u. Posthalter); die Motive sprechen deshalb kein Wort von den Apothekern, sondern nur von den Posthaltern. Die Justizkommission strich bei der Berathung des §. 664 die Posthalter heraus, weil für sie das Spezialgesetz schon bestehe, daher diese Nr. 8 überflüssig sei, dadurch wurden die Apotheker, die bisher Nr. 9 hatten, zu Nr. 8. Der II. E. §. 1 Abs. 3 wurde aber in seiner früheren, die Posthalter meinenden Fassung einfach angenommen, und so sind jetzt die Apotheker ihres Privilegs verlustig, obwohl dies vom Entwurf nicht beabsichtigt war und in der Kommission eine Aenderung der materiellen Bestimmung des Entwurfes weder vorgeschlagen noch motivirt wurde. Es wird sich auch nach der Kaiserlichen Verordnung vom 2. Januar 1875, betreffend den Verkehr mit Arzneimitteln (RGBl. v. 1875 S. 5 Nr. 1035), wonach die präparirten Apothekerwaaren nur in Apotheken feilgehalten werden dürfen, und im Hinblicke auf das Verbot des Handels mit Giften schwer machen, derartige Objekte im Wege einer Zwangsversteigerung zu versilbern. Der Grund, weshalb bei den Utensilien der Landgüter und Posthaltereien der Konkurs eine Ausnahme von der Pfändungsfreiheit bewirkt, daß nämlich hier das Gut und die Posthalterei als Ganzes verkauft wird, schlägt für Apotheken gleichfalls nicht an, da diese in der Regel auf einer Konzession beruhen, die ja nicht verkauft werden kann, und aus diesem letzteren Grunde kann sich eigentlich jeder Apotheker auf §. 715 Ziff. 4 der CPrOr. berufen, denn die Wegnahme der Geräthe, Gefäße und Waaren würde ihm den Fortbetrieb seines Gewerbes unmöglich machen.

§. 2.

Konkursanspruch. Konkursforderungen (Konkursgläubiger).

Die Konkursmasse[a]) dient zur gemeinschaftlichen[b]) Befriedigung aller persönlichen Gläubiger[c]), welche einen zur Zeit der Eröffnung der Verfahrens[d]) begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben[e]) (Konkursgläubiger).

I. E. §. 5 Abs. I. II. E. §. 2 Pr. HE. §. 699 Pr. KO. §. 2 Abs. I.

a. (Konkursmasse).

Dieser Ausdruck ist im Hinblicke auf die Bestimmung des §. 50 der K.O. limitirt zu verstehen, nicht die ganze Konkursmasse dient zu dem in §. 2 angegebenen Zwecke, sondern nur der nach Wegnahme der Massekosten und Masseschulden übrig bleibende Rest der Konkursmasse.

b. (gemeinschaftlichen).

Suchen mehrere Gläubiger gleichzeitig ihre Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners, so ist eine Konkurrenz von Gläubigern vorhanden. Waltet kein Bedenken darüber ob, daß die vorhandenen Befriedigungsmittel zur Bezahlung aller Gläubiger ausreichen, so bewirkt die Konkurrenz keine besonderen Rechtsfolgen. Wohl aber ist dieses der Fall, wenn die Mittel zur Tilgung sämmtlicher Schulden nicht hinreichen; denn in dieser Unzureichenheit liegt der Grund dafür, daß nun jeder einzelne Gläubiger in ein bestimmtes Abhängigkeits-Verhältniß, in eine gewisse Zusammengehörigkeit mit jedem anderen Gläubiger tritt; es entsteht nunmehr der Anspruch auf gemeinschaftliche verhältnißmäßige Befriedigung aus den hiezu parat gemachten Mitteln, und diesen Anspruch bezeichnet das Gesetz mit dem technischen Namen: „Konkursanspruch". (Vgl. oben S. 32.)

c. (persönlicher Gläubiger).

Dieser Ausdruck wurde bei den Berathungen als ein spezifisch Preußischer, im übrigen Deutschland unbekannter bemängelt (Abg. Dr. Frankenburger K. Prt. S. 8); er steht jedoch hier richtig, um den Ausschluß der dinglich Berechtigten zu bekräftigen.

d. (zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens).

Auch hier ist nicht ein unbestimmter „Zeitraum" gemeint (vgl. die Erläuterung f zu §. 1 Abs. I), sondern der bestimmte Moment, der in §. 100 der KO. näher bezeichnet ist.

e. (an den Gemeinschuldner haben).

Das Gesetz bestimmt hier den Begriff des „Konkursgläubigers." Nicht Jeder, der von einem Zahlungsunfähigen etwas zu fordern hat, ist auch schon

Konkursgläubiger, sondern als solche sind nur diejenigen Gläubiger anzusehen, unter welche gemeinschaftlich ein gewisses, gesetzlich bestimmtes Vermögen[1]) des Schuldners im Konkursverfahren vertheilt wird[2]). Fünf Voraussetzungen stellt das Gesetz auf. Nur derjenige ist Konkursgläubiger, der gegen den Gemeinschuldner einen:

1) persönlichen Anspruch,
2) Vermögensanspruch,
3) onerosen Anspruch,
4) zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Anspruch und
5) einen Anspruch hat, welcher aus der Konkursmasse Befriedigung finden kann[3]).

ad 1. Der Grund und der Zweck des Konkurses, das Vermögen des Schuldners für die Gläubiger verwendbar zu machen, trifft nur bei den persönlichen Gläubigern zu, die, ohne dingliche Macht über einzelne Sachen, sich an das Gesammtvermögen des Schuldners halten müssen, denen alle Sachen, die und weil sie dem Schuldner gehören, gleichsam als gemeinschaftliches Unterpfand dienen[4]). Die Forderung des Gläubigers, wenn sie „Konkursforderung" sein soll, muß daher zuvörderst eine obligatorische und eine Schuldforderung sein. Daraus ergibt sich, daß die Aussonderungs- und die Absonderungsberechtigten an sich keine Konkursgläubiger sind[5]), womit die Vorschrift des §. 3 Abs. II zu vergleichen ist.

ad 2. Die Forderung muß aber auch, um als Konkursforderung zu erscheinen, einen Vermögensanspruch enthalten. Das Konkursverfahren ist, wie die Motive sich ausdrücken, ein allgemeines Verfahren zur Versilberung der Vermögensmasse des Schuldners und zur Bezahlung seiner Schulden[6]). Wenn daher z. B. die Ehefrau eines Kaufmannes,

---

1) Nicht „das Vermögen", denn ein Theil des Vermögens eines Zahlungsunfähigen bleibt ihm ja (die sog. Kompetenzstücke), und ein Theil wird aus- und abgesondert. Auch nicht „die Masse", denn auf diese haben ja auch die Massegläubiger Anspruch.

2) Das „Vertheilen", das verhältnißmäßige Partizipiren der sämmtlichen Berechtigten ist das Kriterium.

3) Die ältere Doktrin (vgl. Schweppe §. 49) stellte noch verschiedene Ausnahmen auf, die sich aber schon durch den Begriff „begründeter Anspruch" ausschließen; so z. B. gewährt eine reprobirte und eine nicht klagbare Forderung eben keinen wirklich existirenden Anspruch.

4) Aus den Motiven.

5) Ihr Anspruch steht außerhalb des „Konkursanspruches". Vgl. auch Schultze S. 10 ffg.

6) Der wechselrechtliche Anspruch auf Personalexekution konnte daher auch wäh-

welcher dadurch insolvent geworden ist, daß er sein Geld an die Demimonde verschleuderte, die Ehescheidung fordert, so kann sie diese Klage neben dem Konkurse, aber nicht im Konkursverfahren betreiben, denn ihre Forderung ist zwar ein persönlicher Anspruch, aber wenigstens vorerst kein vermögensrechtlicher. Es muß also eine jede Konkursforderung auf Geld gerichtet oder in eine Geldforderung verwandelt sein oder wenigstens in Geld geschätzt oder verwandelt werden können [7]). Daraus ergibt sich, daß Ansprüche gegen den Schuldner auf eine Leistung oder Unterlassung, also auf eine positive oder negative Handlung, nicht nur, wenn sie überhaupt einen Vermögenswerth nicht darstellen oder eine Schätzung nicht zulassen, dem Konkursverfahren fremd bleiben müssen, sondern auch dann, wenn sie zwar vermögensrechtlicher Natur, aber noch nicht in einen Geldanspruch verwandelt sind. Wenn demnach der Kaufmann Hameyer an den Bierbrauer X zwölf Säcke Hopfen gegen dreimonatlichen Kredit verkauft und solche abgesandt hat, inzwischen, ehe der Hopfen ankommt, X in Konkurs geräth und Hameyer seinen Hopfen in natura zurückfordert (§. 36 der KO.), so ist er noch kein Konkursgläubiger; hat aber X den Hopfen bereits vor der Konkurseröffnung erhalten und etwa weiter vertauscht, so daß nun Hameyer nicht mehr den Hopfen, sondern seinen Kaufpreis einfordern muß, so wird er ein Konkursgläubiger. Desgleichen ist derjenige kein Konkursgläubiger im Sinne des Gesetzes, welcher z. B. dem Gemeinschuldner ein Buch geliehen hatte und es zurückfordert; ist aber das Buch verloren gegangen und der Eigenthümer begehrt Ersatz seines Werthes, so tritt der Kommodant in den Kreis der Konkursgläubiger. Hinsichtlich der Ansprüche auf eine „Thätigkeit" des Schuldners ist zwischen solchen Handlungen zu unterscheiden, die von Jedermann vorgenommen werden können, also so zu sagen „fungibel" sind, und einer Thätigkeit, welche individuell, von der Person des Verpflichteten nicht getrennt werden kann. Wenn z. B. der in Konkurs gerathene Singlehrer A gegen ein bereits empfangenes Honorar sich verpflichtet hatte, der Debütantin B die Rolle des Pagen in Figaro's Hochzeit einzustudiren, und Fräulein B nicht das Honorar zurückfordert, sondern auf den Unterricht besteht, so kann sie natürlich im Konkurse Nichts erreichen [8]). Sollte endlich eine bloße Unterlassung in Frage stehen, so ist

---

rend des Konkurses und abgesondert von demselben betrieben werden. (Seuffert, Kommentar zur Bayer. Ger.-Ord. Bd. IV S. 422 Note 4.)

7) Vgl. §. 62 der KO.

8) In Fällen der letzteren Art kommt zwar, wie v. Sarwey S. (17) 20 ausführt, auch die durch die §§. 773 und 774 der CivPO. geschaffene Rechtsgestaltung in Betracht. Allein zum Ziele führt diese auch nicht, wenn die Handlung, zu welcher der Schuldner verpflichtet ist, nur durch diesen selbst

der Anspruch auf eine solche selbstverständlich an sich kein Konkursanspruch. Indessen wird nicht auszuschließen sein, daß derjenige, welcher nach §. 775 Abs. 3 der CivPrO. eine Sicherstellung gegen Zuwiderhandlungen beansprucht, hiefür als Konkursgläubiger angesehen werden muß.

Dagegen macht es, abgesehen von der Einschränkung unter Nr. 3, keinen Unterschied, welchen Inhalt die Obligation im Uebrigen hat, noch auch auf welchen Rechtsgrund sie sich stützt; ob die Forderuug aus einem Rechtsgeschäfte (Vertrag oder letzten Willen oder einseitigen Rechtsakt) [9]), aus einem mit rechtlichen Folgen verknüpften Zustande oder aus einer Rechtsverletzung entspringt, berührt die rechtliche Beschaffenheit des Anspruches in seiner Richtung auf das Konkursverfahren nicht [10]). Deliktsobligationen sind also an sich nicht ausgeschlossen; nur wenn diese Obligation nicht auf eine Ersatzleistung, sondern lediglich auf Entrichtung einer Strafsumme gerichtet erscheint, kann sie vermöge der singulären Vorschrift in §. 56 Ziff. 3 der KO. im Konkurse nicht geltend gemacht werden.

3) Wer nicht einmal seine Schulden zahlen kann, hat Nichts herzuschenken. Deshalb war schon im Gemeinen Rechte, ebenso in der Bayerischen Prioritätsordnung von 1822 der Satz angenommen, daß Forderungen, welche auf einer Freigebigkeit beruhten, hinter allen auf lästigem Titel begründeten Ansprüchen, in der letzten Klasse lozirt werden mußten. Die Konkursordnung, dem Preußischen Rechte (Pr. KO. §. 84) folgend, schließt

---

vorgenommen werden kann; denn Geldstrafen erscheinen gegen einen Gemeinschuldner unthunlich, ihn durch Haft anzuhalten, wird nach dem Sprichworte vom Jagdhunde, den man zum Jagen tragen muß, nicht viel helfen; es bleibt also für den Berechtigten Nichts übrig, als das Interesse zu liquidiren, denn völlig rechtlos darf meines Erachtens derselbe nicht gestellt werden. Allerdings aber muß diese Umwandlung schon vorher feststehen.

9) Wenn A ausschreibt: „der redliche Finder meines Hundes erhält 50 Mark Belohnung", B bringt den Hund zurück, A gibt ihm sofort 25 Mark und sagt: „holen Sie den Rest nächsten Sonntag"; inzwischen aber wird der Konkurs über ihn erkannt, so wäre B für seine restigen 25 Mark ebensogut „Konkursgläubiger", wie derjenige, welcher von A einen acceptirten Wechsel in Händen hat, soferne ihm nicht etwa der §. 56 Ziff. 4 der KO. entgegensteht.

10) Forderungen aus einer negotiorum gestio gehören unter den erörterten Begriff, soferne ihnen nicht nur eine Liberalität zu Grunde liegt; wenn also Jemand eine Person (nicht aus bloßer Barmherzigkeit) alimentirt hätte, zu deren Ernährung nicht er, sondern ein Anderer verbunden ist, kann er den Ersatz im Konkurse des Alimentirten selbst, aber auch im Konkurse des eigentlichen Alimentationspflichtigen begehren.

solche Ansprüche in §. 56 Ziff. 4 überhaupt vom Konkurse aus, und wird an jener Stelle das Geeignete bemerkt werden.

Eine besondere Betrachtung erfordern hier die Alimentationsansprüche, da solchen häufig der Charakter einer auf Freigebigkeit beruhenden Leistung beigelegt wird, und das Gemeine Recht[11]) deshalb die Forderungen auf Alimentirung durchweg aus dem Konkurse ausschließt nach der Parömie: concursus non alit infantes[12]). Die gegenwärtige Konkursordnung hat diese Anschauung nicht acceptirt, sie ist auch nicht jenen Gesetzgebungen gefolgt, welche zwar die auf Vertrag oder letztem Willen beruhenden Ansprüche auf laufende Alimente zulassen, dagegen die gesetzlichen Alimentenansprüche, die auf dem Familienverhältnisse beruhenden Ansprüche auf Gewährung fortlaufender Unterhaltsgelder vom Konkurse ausschließen[13]). Wie die Motive (zum II. E. S. 25) ausdrücklich konstatiren, besteht für Alimentationsforderungen keinerlei Ausnahme, es kommt vielmehr lediglich darauf an, ob eine nach bürgerlichem Rechte begründete Forderung auf laufenden Unterhalt, sei sie durch ein Zustandsverhältniß oder durch Vertrag oder letzten Willen oder durch unerlaubte Handlung begründet, die unter Ziffer 1 u. 2 aufgestellten Bedingungen erfüllt, das heißt ob sie eine persönliche auf Geld gerichtete oder in Geld anzuschlagende Forderung ist und ob sie bereits bei der Konkurseröffnung begründet erscheint, worüber unter Ziffer 4 das Geeignete dargelegt werden wird.

Hiebei bedarf es kaum einer Hinweisung, daß nicht nur bei Festsetzung und Bemessung der in §. 118 und 120 der KO. in das Auge gefaßten Unterstützung des Gemeinschuldners und seiner Familie, sondern auch bei den in §. 1 Abs. II vorbehaltenen Unterhaltsbeiträgen etwaige im Konkurse als gewöhnliche Konkursansprüche liquidirte Alimentenforderungen den Familienmitgliedern in Berechnung gezogen werden müssen.

---

11) Schweppe S. 90.

12) Das OAG. zu Lübeck hat in einem Erk. v. 26. April 1855 (Seuffert's Archiv Bd. X n. 262) den Kindern jeden Alimentationsanspruch auf das überschuldete Vermögen der Eltern abgesprochen, und ebenso hat das OAG. zu Dresden (Seuffert Bd. XI n. 204) entschieden, daß die Alimentationspflicht der Eltern gegen ihre Kinder und umgekehrt von dem Besitze hinreichenden Vermögens bedingt ist.

13) Die schwankende und ziemlich unklare Praxis der Preußischen Gerichte in früherer Zeit ist erschöpfend bei v. Sarwey S. 15 (17) dargestellt; sie gibt übrigens für das gegenwärtige Gesetz keine Interpretationsbehelfe mehr.

4) Als vierte Voraussetzung zum Begriffe der Konkursforderung verlangt das Gesetz, daß der Vermögensanspruch zur Zeit der Konkurseröffnung bereits begründet sei. „Ein wesentliches Erforderniß" — drücken sich die Motive aus — „für die Zulassung der Forderungen zum Konkursverfahren ist das Bestehen der Forderung, nicht blos des Schuldverhältnisses zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens; wenn das Verfahren durchführbar sein soll, muß dem Gemeinschuldner das Recht genommen werden, über die Masse zu verfügen (wie dies §. 5 der KO. statuirt), und aus dem Verluste des Verfügungsrechtes folgt, daß eine Forderung, soweit sie erst nach diesem, also nach Eröffnung des Verfahrens durch eine Handlung des Gemeinschuldners entstanden, umgestaltet oder vollendet worden ist, von der Theilnahme an der Masse ausgeschlossen werden muß". Wenn also der Fabrikant B auf den Kaufmann A, über welchen am 1. Juli der Konkurs eröffnet wurde, am 30. Juni einen Wechsel gezogen, dieser aber den auf ihn gezogenen Wechsel erst am 2. Juli acceptirt hat, so ist der Wechselinhaber B, obwohl der Wechsel früher als die Konkurseröffnung datirt, kein Konkursgläubiger; hatte A dagegen den Wechsel bereits am 30. Juni acceptirt, so hat B (vorbehaltlich etwaiger Anfechtung) das Recht, denselben im Konkurs zu liquidiren[14]), und wenn er denselben an den Bankier C am 2. Juli weiter girirt hat, so kann auch C denselben im Konkurse geltend machen, da die Forderung an den Acceptanten bereits bei der Konkurseröffnung begründet war und unverändert auf C übergegangen ist. Hat nun aber Bankier C den Wechsel am 4. Juli weiter indossirt an die Vereinsbank, diese läßt solchen, weil er, wie natürlich, von A bei Verfall nicht bezahlt wird, am 1. August an C zurückgehen, kann dieser ihn noch im Konkurse geltend machen? Ein Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin vom 21. Februar 1857[15]) verneint diese Frage, ich glaube mit Unrecht, denn der Anspruch des C an den A ist kein neubegründeter Regreßanspruch, auch keiner, der in seinem Wesen umgestaltet worden ist[16]), er ist immer nur

---

14) Ebenso ist es zulässig, einen vor der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner bereits unterschriebenen Wechsel nachher auszufüllen und zu liquidiren. Erk. des Bresl. Obertrib. v. 12. Dez. 1860 (Striethorst Bd. 60 S. 292). Vgl. auch 55.

15) Abgedruckt bei Borchardt zu Art. 10 der ADWO.

16) Das citirte Erkenntniß geht von der Ansicht aus, daß durch das Indossament alle Rechte aus dem indossirten Wechsel auf den Indossatar übertragen werden und dem Indossanten keine weitere Forderung aus dem Wechsel an den Acceptanten mehr verbleibt. Dies kann vollkommen zugegeben werden; allein wenn der Indossatar später den Wechsel an den Indossanten zurückgehen läßt,

derjenige, der bereits am 1. Juli bestehend war, und ich finde keinen Unterschied dieses Falles von jenem, in welchem der Remittent einen vor der Konkurseröffnung ausgestellten eigenen Wechsel weiter girirt und hinterher durch Einlösung wieder erworben hat[17]). Wenn dagegen im obigen Beispiele auch Fabrikant B am 3. Juli für insolvent erklärt wurde und C wollte nun den Wechselregreß gegen ihn im Konkursverfahren geltend machen, so könnte er dies nicht, denn die Regreßforderung gegen diesen Vormann ist erst durch die Wiedereinlösung des Wechsels begründet worden und letztere fällt in die Zeit nach geschehener Kankurseröffnung[18]).

Wenn aber Forderungen vom Konkursverfahren als ausgeschlossen erklärt sind, welche nach Eröffnung des Verfahrens erst durch eine Handlung des Schuldners vollendet wurden, so liegt die Betonung auf der Handlung des Schuldners; nur er selbst, weil er von da an dispositionsunfähig wird, kann keine Rechte mehr schaffen; ist die Perfektion der Forderung ohne alles Zuthun des Schuldners, sei es durch ein Ereigniß oder durch Handlungen des Gläubigers oder eines Dritten erfolgt, so ist die Forderung allerdings Konkursforderung. Um diesen Gedanken deutlich zu machen, hatte Dr. Goldschmidt bei den Berathungen beantragt, den Satz so zu fassen:

„Gläubiger, welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens einen begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben",

begnügte sich indessen mit der Konstatirung (K. Prt. S. 8) „daß eine

---

so geschieht dies faktisch durch einfaches Ausstreichen des Indossaments, rechtlich durch Wiederaufleben des früheren Rechtsverhältnisses, was die ADWO. durch den in Art. 36 enthaltenen Satz zeigt, daß zur Legitimation des einlösenden Indossanten ein neues Giro nicht erforderlich ist. Es läßt sich auch kein praklischer Grund denken, diese exclusive Ansicht festzuhalten, denn das wird wohl nicht bestritten werden können, daß man Konkursforderungen cediren kann. Wenn also die Vereinsbank den Wechsel im Konkurse des Acceptanten liquidirt und dann ihren Anspruch an Bankier C überträgt, so kann doch dieser vom Konkurse nicht ausgeschlossen werden; warum also nicht auch eine Cession durch bloßes Durchstreichen des Giro zulassen? Seitdem hat das ROHG. in der Plenarentscheidung v. 21. Juni 1878 (Entsch. Bd. 24 S. 1) die im Texte vertretene Ansicht sanktionirt.

17) In diesem Falle wird die Forderung im Konkurse zugelassen; vgl. v. Sarwey S. (18) 22.

18) Jedes einem Wechsel angereihte Indossament stellt ein neues selbständiges Wechselgeschäft mit selbständigen Wirkungen auf der Grundlage des Wechsels dar. Erk. des Obertrib. zu Berlin vom 17. Juli 1858 im Archiv für Wechselrecht Bd. VII S. 407.

Forderung, um Konkursforderung zu sein, zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht nothwendig in quali et quanto vorhanden sein müsse". In diesem Satze liegt die erforderliche Gränze für die oben gegebene Regel. Einige Beispiele werden diese Gränze verdeutlichen: Z. B. der Hausbesitzer Ameier duldet seit längerer Zeit an seinem Dache ein schlecht befestigtes Schneegitter, der Nachbar Bemeyer hat ihn wiederholt darauf aufmerksam gemacht, ohne daß Abhilfe geschieht; am 1. Juli geräth Ameier in Konkurs, am 2. Juli entsteht ein heftiger Sturm, dieser reißt die lockeren Eisentheile zusammen, sie fallen herab und verursachen dem Bemeier einen Schaden von 100 Mark; seine Forderung, obwohl durch ein außerhalb der Handlung des Ameier gelegenes Ereigniß perfekt geworden, ist, da die obligatio selbst erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist, keine Konkursforderung. Hatte aber Bemeier wegen des drohenden Schadens bereits am 30. Juni eine cautio damni infecti erlangt (oder auch nur begehrt, was nach l. 15 §. 28 D. de damno infecto (39, 2) bereits eine klagbare Obligation begründet), so kann er die 100 Mark allerdings im Konkurse liquidiren. Oder: Der Gemeinschuldner stürzt sich nach der Konkurseröffnung in das Wasser, der Taglöhner A springt nach, rettet ihn, verdirbt aber dabei seine Kleider; hier hat A auf Gewährung eines Schadensersatzes keine Konkursforderung, obwohl der Grund dieser Forderung auf einer eigenen Handlung des Gläubigers beruht. Wenn aber der Gemeinschuldner am 1. Juli einen auf ihn gezogenen vom Aussteller noch nicht gezeichneten Wechsel acceptirt hat, am 2. Juli ist über ihn der Konkurs eröffnet worden und am 3. Juli hat der Aussteller nach beigefügter Unterschrift den Wechsel weiterbegeben, so steht der Umstand, daß die formelle Gültigkeit der Urkunde erst nach der Konkurseröffnung vollendet wurde, weil hiebei der Schuldner nicht mehr thätig war, der Geltendmachung des Wechsels im Konkurse nicht entgegen [19]). Oder: Der Wirth Z hat am Sonntag den 1. Juli bei einer in seinem Wirthshause entstandenen Rauferei dem X einige Löcher in den Kopf geschlagen; am 10. Juli wird über Z der Konkurs eröffnet, am 1. August findet strafgerichtliche Verhandlung statt, wobei Z zu einmonatlichem Gefängniß und in die Kosten verurtheilt, dem X aber eine Entschädigung von 100 Mark zugesprochen wird. Obwohl nun die Forderung des X am 10. Juli (dem Tage der Konkurseröffnung) noch ganz unbestimmt war, bestand sie doch schon, sie wurde nur in quanto am 1. August festgestellt, die Forderung der Kosten aber wurde am 1. August begründet, demnach

19) Vgl. das in den Motiven (z. II. E. S. 26 Note 1) erwähnte Erkenntniß des Berliner Obertribunals v. 12. Dezember 1865 bei Striethorst Bd. 60 S. 292 u. die näheren Erörterungen bei §. 5.

kann zwar X seine 100 Mark, nicht aber der Staat die erwachsenen Kriminalkosten im Konkurse liquidiren[20]).

Einige Arten von Forderungen sind noch speziell zu berühren:

A) Forderungen, welche zwar bestehen, deren Fälligkeit aber entweder noch von einem bestimmten Zeitablaufe oder dem Eintritte eines Ereignisses abhängen, sei dieses gewiß oder ungewiß, sind Konkursforderungen; betagte gelten nach §. 58 der KO. als fällig, suspensiv bedingte[21]) sind nach §. 142 im vollen Betrage, jedoch nach §. 60 nur provisorisch zugelassen. Da ein Endtermin oder eine Resolutivbedingung die Forderung in ihrem Begründetsein nicht alterirt, bedarf es kaum einer Erwähnung, daß derartige Ansprüche gleich allen sonstigen zu behandeln sind. (Vgl. §. 59 der KO.)

B) Bei periodisch wiederkehrenden Leistungen ist es von entscheidendem Einflusse, ob bei der Eröffnung des Konkursverfahrens der Anspruch auf dieselben, wenn auch noch unfällig, bereits vorhanden ist, oder ob man annehmen muß, daß dieser Anspruch erst durch den Zeitlauf jedesmal von Neuem entsteht. Welche von beiden Alternativen vorliegt, entscheidet sich nach dem allgemeinen Civilrechte. Unter die zweite stellt das Gesetz insbesondere die Zinsen. „Wenn gleich — sagen die Motive (zum II. E. S. 270) — die Ursache der Zinsverpflichtung, der Zinsvertrag oder die gesetzliche Zahlbarkeit der Forderung oder der Verzug, in die Zeit vor der Konkurseröffnung fallen mag, so entsteht, wie ein Pacht- oder Miethzins von Sachen,

20) Das Erkenntniß des Preußischen Obertribunals v. 15. Dezember 1859 bei Striethorst Bd. 43. S. 474 ffg., dann Hullmann S. 62 und Stieglitz S. 33 meinen, die Kostenforderung sei erst mit der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses gegeben, weil §. 497 der RStPO. sage: „Stirbt ein Verurtheilter vor eingetretener Rechtskraft des Urtheils, so haftet sein Nachlaß nicht für die Kosten." Allein dies ist ein in favorem rei angenommener Ausnahmsfall; man nimmt an, es sei ungewiß, ob schließlich der Angeklagte nicht doch noch freigesprochen worden wäre. Wenn aber durch das spätere Urtheil die frühere Verurtheilung bestätigt wird, so bleibt die Verfällung in die Kosten ex tunc wirksam. So lange das Urtheil noch nicht rechtskräftig ist, ist die Kostenforderung nicht fällig und nicht unbedingt, sagt v. Wilmowski S. 69. Daraus aber zu folgern, daß die Kosten für den Theil der Untersuchung, welcher vor die Eröffnung des Konkurses fällt, auch dann in Konkurse liquidirt werden können, wenn das Urtheil erst nachher erfolgt ist, wie auch Petersen S. 25 annimmt, halte ich bei der Untheilbarkeit des Kostenausspruches und aus praktischen Gründen für unthunlich.

21) Die nähere Erörterung, insbesondere wie es mit den in die Willkür des Gemeinschuldners gestellten Bedingungen zu halten sei, wird bei den betreffenden Paragraphen zu geben sein.

überhaupt jede Zinsforderung erst mit Ablauf der Zeit für die gehabte oder entzogene Benützung des geschuldeten Gegenstandes. Dies angenommen, handelt es sich bei den Zinsen, welche nach Eröffnung des Konkurses laufen, auf Seite des Gläubigers um eine Forderung, die für jeden Tag nach dieser Eröffnung neu entsteht, und solche Zinsen können daher, wie §. 56 Ziffer 1 der KO. speziell ausspricht, im Konkurse keine Berücksichtigung finden.

C) Wenden wir die obigen Unterscheidungsmerkmale auf die geschuldeten Renten und Unterhaltsbeiträge an, so läßt sich nicht zweifeln, daß eine vertragsmäßig oder letztwillig begründete Verbindlichkeit zur Entrichtung einer Rente oder Alimentation die Pflicht zur Zahlung der einzelnen Raten bereits in sich schließt. Wenn also z. B. der Gutsbesitzer Cajus am 1. Juli 1870 in einem gerichtlichen Vergleiche sich verpflichtet hat, dem alten Sempronius, seinem langjährigen Verwalter, den er aus dem Dienste entlassen, vierteljährlich eine Alimentation von 200 Mark zu bezahlen, so sind die sämmtlichen Quartals-Raten in thesi bereits seit 1. Juli 1870 geschuldet, mit dem Ablauf des Quartals entsteht nicht eine neue Alimentationsverbindlichkeit auf 200 Mark, sondern es wird eine Quote der schon am 1. Juli 1870 versprochenen Gesammtalimentation fällig. Daraus folgt, daß wenn über Cajus am 1. Juli 1880 der Konkurs eröffnet wird, von Sempronius nicht nur die bis zum 1. Juli 1880 bereits verfallenen, sondern auch die später verfallenden Quartalsraten im Konkurse werden liquidirt werden können. Richtiger drückt man sich aber aus, wenn man sagt: Sempronius ist für seinen am 1. Juli 1870 begründeten Gesammtanspruch Konkursgläubiger. Der §. 63 der KO. gibt an, in welcher Weise solche Ansprüche auf wiederkehrende Hebungen in ihrer Gesammtheit zu berechnen sind. Dasselbe ist der Fall, wenn der Anspruch auf Alimentation durch ein vor der Konkurseröffnung begangenes Delikt oder Quasidelikt oder nach dem Gesetz vom 7. Juni 1871 (über die Verbindlichkeit zum Schadensersatze) durch ein den Betriebsunternehmer haftbar machendes Ereigniß begründet wird, mag das den Anspruch feststellende Urtheil auch erst später ergehen. Es zeigt sich sofort, daß unter diesem Gesichtspunkte auch ein Anspruch aus der in dem Gesetze aufgestellten Verpflichtung zur Alimentirung der Ehefrau, der Kinder, der Eltern und Geschwister[22]) an sich wohl als Konkursforderung auftreten kann. Ich halte dies für unbestreitbar[23]), wenn die konkrete Forderung

---

22) Wo diese besteht; im Gemeinem Rechte ist solche bekanntlich sehr kontrovers, im Bayerischen L.-R. dagegen anerkannt.

23) Nicht alle Schriftsteller stimmen diesem Satze zu. Abgesehen von der Einwendung, welche aus dem angeblichen Unvermögen des Verpflichteten entnommen wird und worauf im Texte später erwidert werden wird, werden

bei Ausbruch des Konkurses bereits durch Vertrag, Vergleich oder Urtheil feststeht. Wenn also z. B. A verurtheilt ist, seiner geschiedenen Ehefrau jährlich 1200 Mark Alimentation zu zahlen, so ist diese für den Kapitalbetrag dieser Renten Konkursgläubigerin; wenn B den ältesten Sohn des C nach Amerika mitnimmt, um ihn zum Farmer auszubilden, und C hat dem B als Ersatz für die Alimentation des Sohnes während der Lehrzeit eine Summe von 5000 Mark nach Beendigung derselben zugesichert, so kann B (vorbehaltlich des §. 56 Ziff. 4) im Konkurse des C sich melden.

Zweifelhaft wird die Frage dagegen, wenn bei Ausbruch des Konkurses zwar die Alimentationspflicht bereits besteht, aber der konkrete Anspruch noch nicht fixirt war. Man kann nämlich allerdings davon ausgehen, daß die Forderung, alimentirt zu werden, bereits durch das Familienverhältniß begründet erscheint, daher nicht erst entsteht, sondern nur wirksam wird, wenn das momentane Bedürfniß eintritt. Es läßt sich kaum bestreiten, daß wenn A die B am 1. Juli 1870 geheirathet hat, er von diesem Tage an zur Alimentation seiner Frau verpflichtet ist, daß wenn dem A am 1. Juli 1881 ein Sohn geboren wird, der Vater von diesem Momente an die Verbindlichkeit überkommt, sein Kind zu alimentiren. Die eine Voraussetzung jeder Alimentationspflicht[24]), daß auf Seite des zu Alimentirenden weder eigenes Vermögen, noch die Fähigkeit, sich durch Arbeit den Unterhalt zu verdienen, vorhanden ist, wird natürlich durch den Konkurs des Verpflichteten nicht berührt. Ich glaube aber auch nicht die andere Voraussetzung, daß der Alimentationspflichtige hinreichendes Vermögen besitze[25]). Denn wenn der Gemeinschuldner kein Vermögen besitzt, so findet ohnehin ein Konkurs nicht statt (§. 190 der KO.) Die Einleitung des Verfahrens ist also schon Beweis, daß der Pflichtige vermögend ist. Durch die Konkurseröffnung verschwindet aber dieses Vermögen nicht; es verschwindet allerdings so zu sagen für den

---

diese Ansprüche (z. B. von Meisner S. 27) im Nachgange zu der älteren Preußischen Doktrin (vgl. Goltdammer S. 73 und Koch S. 34 Note) ausgeschlossen, weil „Ansprüche aus dem Familienrechte nicht in den Konkurs gehören." Auch Hullmann S. 63 schließt jede auf Ehe und Verwandtschaft beruhende Alimentation aus und v. Sarwey S. 19 limitirt solche erheblich.

24) Vgl. Puchta, Pandekten §. 417. Seuffert, Pandekten §. 449. Bayerisches L.-R. Th. I. Cap. IV. §. 7.

25) Dies ist das Hauptargument der Gegner; vgl. Schweppe §. 49 Ziff. 5. Bayer S. 150 lit. c.; ein Erk. des Münchener OAG. in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. XIV. S. 217, des Lübecker OAG. in Seufferts Archiv Bd. X. No. 262 und des Dresdner OAG. ebenda Bd. XI. No. 204. Anderer Ansicht ist das OAG. zu Stuttgart bei Seuffert Bd. XIV. No. 87.

Gemeinschuldner, weil ihm die Disposition darüber entzogen wird, nicht aber für den Gläubiger. Auch der Einwand, daß durch Berücksichtigung der Alimentationsansprüche der Familienangehörigen der Gläubiger benachtheiligt würde, ist nicht stichhaltig; denn ob Jemand Frau und Kinder hat, ist eine offenkundige Thatsache und muß von den Gläubigern bei ihrem Kreditgeber eben berücksichtigt werden.

Demohngeachtet muß ich nach wiederholter Prüfung der Frage mich[26]) dafür erklären, daß ein auf dem Familienverhältnisse beruhender Anspruch auf Alimentation, welcher bei der Konkurseröffnung noch nicht durch Rechtsgeschäft oder Urtheil[27]) zur konkreten Alimentenforderung erwachsen ist, im Konkurse keine Berücksichtigung finden kann. Und zwar deshalb[28]), weil die KO. in ihren §§. 1, 118 und 120 darüber, was die Familienglieder zu ihrer Alimentirung beanspruchen können und was die Masse hiefür zu leisten hat, ausdrückliche Vorschriften enthält und hieraus der Wille des Gesetzgebers hervorgeht, daß sie als eigentliche Konkursgläubiger nicht auftreten sollen[29]).

D) Die Ansprüche aus der außerehelichen Vaterschaft sind jedenfalls dann Konkursforderungen, wenn die Alimente durch Urtheil oder Vertrag bereits vor der Konkurseröffnung fixirt sind. Ist dieß nicht der Fall, so wird für diejenigen Civilrechte, in denen der Rechtsgrund für die Alimentation des unehelichen Kindes in einem Delikt oder Quasidelikt gefunden wird (z. B. Bayern und Sachsen), nicht zu bezweifeln sein, daß der Anspruch Konkursforderung ist, sobald der Beischlaf vor der Konkurseröffnung

---

26) Meine in der ersten Auflage niedergelegte Ansicht reformirend.

27) Hinsichtlich des Urtheils will Petersen S. 30 und v. Wilmowski S. 68 einer Entscheidung, welche lediglich die gesetzliche Alimentationspflicht feststellt, keine Bedeutung beimessen, wofür allerdings Gründe sprechen, wenn z. B. das Urtheil nur die Voraussetzung, z. B. daß der Vater das Kind als eheliches anerkennen müsse, feststellt. Petersen geht aber noch weiter; er argumentirt, auch ein Urtheil auf eine bestimmte Alimentenquote sei stets als rebus sic stantibus gedacht. Wer mit einem Vermögen von 10,000 Mark zu einem Unterhalt von 100 Mark jährlich verurtheilt sei, könne trotzdem, wenn er nachher 100,000 Mark erbe, zu höherer Alimentirung verurtheilt werden. Ebenso müsse umgekehrt, wenn er in Vermögensverfall gerathe, das Urtheil wegen Wegfalls seiner Voraussetzung unwirksam werden.

28) Diesen Grund führt v. Wilmowski S. 67 an.

29) Was versprochene Heirathsgüter und Witthümer betrifft, so wird es eine thatsächliche Frage sein, ob und in wie weit der §. 56 Ziff. 4 der KO. dieselben von der Liquidation ausschließt; in der Regel wird dies für die ersten der Fall sein, für die letzteren nicht.

ausgeübt wurde. (Vgl. oben S. 101). Aber auch wenn dies nicht geschieht, wenn nach dem Civilrechte die Paternität als solche als Titel für die Alimentationspflicht erklärt ist, glaube ich[30]), daß, soferne die Geburt des Kindes[31]) vor die Konkurseröffnung fällt, die Forderung im Konkurse angemeldet werden kann. Denn für diese Ansprüche fällt der oben angeführte Ausschlußgrund hinweg; für sie wird die Alimentirung in der KO. selbst nicht geregelt.

E) Zu den Forderungen, welche ohne Zuthun des Schuldners entstehen, könnte man auch die aus dem Verzuge, aus der mora fließenden Ansprüche rechnen wollen. In einer gewissen Richtung nun sind allerdings Ansprüche, welche durch das Versäumniß des Schuldners entstehen, auch dann noch im Konkurse liquidirbar, wenn sich jenes Versäumniß erst nach der Konkurseröffnung ereignet. Wenn z. B. der Maler A von dem Buchhändler B am 1. Juli ein Gemälde erworben hat in der Weise, daß er ihm 200 Mark sofort bezahlt und verspricht, bis längstens 1. August entweder eine getreue Copie des Bildes zu bringen oder weitere 100 Mark zu bezahlen, am 25. Juli verfällt der Maler in Konkurs und versäumt darüber die Copie zu vollenden, so kann nach Ablauf des 1. August der Bilderhändler B allerdings seine rückständigen 100 Mark im Konkurse liquidiren. Allein soweit es sich um die eigentliche mora solvendi handelt, ist durch die mit der Konkurseröffnung eintretende Unfähigkeit des Schuldners, einseitig zu zahlen, die mora desselben juristisch unmöglich gemacht; denn es fehlt ihre Voraussetzung, daß „die Erfüllung in potestate des Schuldners ist" (Brinz, Pandekten (1. Aufl.) Bd. I S. 550). Sowohl Zinsen als Strafen können daher nicht gefordert werden, wenn der Verzug erst nach der Konkurseröffnung eintritt; und wenn §. 55 der KO. die Vertragsstrafen mit der Kapitalsforderung an derselben Stelle ansetzen läßt, so sind damit nur die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits verfallenen gemeint. Gesetzt, der Posthalter A hat am 1. Juli dem Pferdehändler B einen Schimmel verkauft mit der Bedingung, ihn noch 14 Tage benützen zu dürfen; nach Ablauf der 14 Tage ist das Pferd zu übergeben oder für jeden Tag Versäumniß 10 Mark Strafe zu zahlen; am 20. Juli verfällt A in Konkurs und B holt seinen Schimmel am 24. Juli ab. Nach obigen Grundsätzen ist der Pferdehändler für 50 Mark (5 Tage vom 15.—20. Juli exclu-

---

30) Mit v. Wilmowski S. 68 und aus den von ihm angeführten Gründen. Anderer Ansicht Fitting S. 77 Note 28. Hullmann S. 63. Petersen S. 30. v. Sarwey S. 20. Stieglitz S. 31.

31) Denn diese, nicht der Beischlaf begründet das thatsächliche Verhältniß des Verwandtsein zwischen Vater und Kind.

sive) Konkursgläubiger, für die übrigen Tage kann er im Konkurs nicht liquidiren.

5) Der §. 2 sagt ausdrücklich: „Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger," — ein Gläubiger, zu dessen Befriedigung die Masse nicht dient und niemals dienen darf, ist also auch nicht Konkursgläubiger. Die nach §. 56 ausgeschlossenen Forderungen können somit begrifflich nicht als Konkursforderungen erachtet werden. Wer am Konkurse gar nicht Theil nehmen darf, ist auch wohl nicht für einen Konkursgläubiger anzusehen [32]). Ob in gewisser Beziehung persönliche Gläubiger, wenn sie auch nicht Konkursgläubiger im wahren Sinn des Wortes sind, doch diesen gleich behandelt werden müssen, ist eine andere Frage, worüber unten §. 11 Abs. VI. zu vergleichen.

f. (Konkursgläubiger).

Die Benennung „Konkursgläubiger" war bisher nur für diejenigen Gläubiger gebräuchlich, welche sich im Konkurse gemeldet haben und am Konkursverfahren sich betheiligen [33]). Hievon weicht die neue Konkursordnung ab und es bewirkt diese Abweichung sehr wesentliche Folgen, weshalb sie besonders hervorzuheben ist. Nach dem gegenwärtigen Gesetze ist „Konkursgläubiger" jeder Gläubiger, bei dessen Forderung die in §. 2 bezeichneten Voraussetzungen eintreffen und welcher daher im Konkurse sich nach den Bestimmungen des Gesetzes melden kann; ob er dies wirklich thut, ob er sich thatsächlich an dem Verfahren betheiligt oder nicht, ist ohne Einfluß (Motive zum II. E. S. 26).

32) Ebenso Motive zum II. E. S. 1271. Dann Dernburg Bd. II. §. 121. Fitting §. 8 Anmg. 1. Dagegen erklären v. Sarwey, Stieglitz und v. Wilmowski die ausgeschlossene Forderung als „begrifflich" zu den Konkursforderungen gehörig.

33) Schweppe S. 90.

§. 3.

Absonderungsberechtigte. Verhältniß derselben zum Konkursverfahren.

Ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung [a]) aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, kann nur in den von diesem Gesetze zugelassenen Fällen [b]) geltend gemacht werden.

Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren [c]).

I. u. II. E. §. 3; Pr. H. E. Art. 700; Pr. K. O. §. 2 Abs. II; B. P. O. §. 1182.

a. (abgesonderte Befriedigung).

Aus der Konkursmasse treten die Gegenstände hervor, welche gewissen Gläubigern zur Befriedigung abgesondert von den anderen Gläubigern haften (Motive). Die Gläubiger, welchen ein derartiges Absonderungsrecht zusteht, die „Separatisten ex jure crediti" des Gemeinen Rechtes [1]), wollen die Konkursmasse als solche nicht beschränken, sie verfolgen kein Eigenthum, wie die Aussonderungsberechtigten (ehedem Separatisten ex jure dominii genannt), auch keine Rechte gegen die Konkursgläubiger oder den Konkursverwalter, wie die Massegläubiger, sondern sie erkennen an, daß das Objekt ihres Anspruches an sich zur Masse gehört, sie fordern aber die Aufhebung der Zusammengehörigkeit mit den Konkursgläubigern, sie wollen keine gemeinschaftliche Befriedigung, sondern eine abgesonderte, ohne sich auf einen bloßen Vorzug in dem Range unter den übrigen zu beschränken. Sonach stehen sie *unter* den Aussonderungsberechtigten und den Massegläubigern, aber *über* den blos bevorzugten Konkursgläubigern.

b. (nur in den von diesem Gesetze zugelassenen Fällen).

Hiemit ist ausgeschlossen, daß irgend ein bisher in der Reichs- oder Landesgesetzgebung anerkanntes Separationsrecht fortbestehe, und natürlich ebenso, daß durch die Landesgesetzgebung fortan irgend ein solches neu geschaffen werden könne [2]).

Welche Fälle das Gesetz zuläßt, bestimmt der fünfte Titel, bei dessen Erläuterung die Verschiedenheit vom bisherigen Rechte zu erörtern sein wird.

c. (unabhängig vom Konkursverfahren).

Das Gesetz sagt nicht: „die Absonderungsansprüche *sind* unabhängig vom Konkursverfahren," sondern lediglich: „ihre *Befriedigung erfolgt* unabhängig vom Konkursverfahren." Ersteres wäre nicht richtig [3]); denn allerdings treten die Absonderungsberechtigten in gewisse Beziehungen zu dem

---

1) Vgl. Schweppe a. a. O. §. 147 und oben S. 8.

2) Vgl. §. 11 des Einf.-Ges.; ferner §. 12 und 13.

3) Motive zum I. E. S. 30; vgl. auch oben S. 39.

Konkursverfahren, wenn sie auch nicht in diesem Verfahren selbst stehen. Dies zeigt sich vor Allem darin, daß die Gegenstände des Absonderungsrechtes als solche zur Masse gehören, daß daher der Schuldner über dieselbe nicht mehr verfügen, sie nicht etwa weiter verpfänden oder gar veräußern darf, daß, falls die Detention nicht bei dem Absonderungsberechtigten ist, der Verwalter das Verfügungsrecht erhält (welches er freilich nur unbeschadet der Rechte der Realgläubiger ausüben kann), und insbesondere ergibt sich die wichtige Folge, daß neue Gläubiger, deren Forderungen nach der Konkurseröffnung entstanden sind, auf den Mehrerlös aus den Pfandstücken — so lange der Konkurs dauert — keinen Anspruch haben.

Als oberster Grundsatz — und es ist dies ein Hauptvorzug des neuen Gesetzes — gilt jedoch anderseits das Prinzip: die Absonderungsberechtigten, also insbesondere die Pfand- und Hypothekengläubiger können dadurch, daß der Schuldner in Konkurs geräth, nicht anders und nicht schlechter gestellt werden, als wenn ein Konkursverfahren nicht eröffnet worden wäre. Sie werden in Ausübung ihrer dinglichen Rechte von den Wirkungen des Konkurses nicht betroffen; ihnen steht z. B. die in §. 11 der KO. vorgeschriebene Sistirung aller Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner nicht entgegen, vielmehr schreitet eine solche, wenn sie bereits eingeleitet, unbeeinflußt durch die Konkurseröffnung fort, und war sie noch nicht im Zuge, so kann sie auch während des Konkurses herbeigeführt werden. Der Pfandgläubiger, der immittirte Hypothekengläubiger bleibt im Besitze des Objektes, das Faustpfand kann gerichtlich oder außergerichtlich, wie das bürgerliche Recht den Gläubiger ermächtigt, verwerthet werden. Daraus folgt, daß es einer Anmeldung der Ansprüche Seitens der Absonderungsberechtigten im Konkurse nicht bedarf[4]); jedoch ist dieses nicht so zu verstehen, als ob sie die Thatsache des Konkurses einfach ignoriren dürften. Sie dürfen dies schon deshalb nicht, weil sie das Recht der Konkursgläubiger auf den Ueberschuß des Erlöses der ihnen verhafteten Gegenstände über den zu ihrer Befriedigung nothwendigen Betrag nicht vereiteln dürfen. Wie vor der Konkurseröffnung jeder persönliche Gläubiger befugt gewesen sein würde, unter Wahrung der Rechte der Realgläubiger eine Zwangsvollstreckung in das Pfandstück eintreten zu lassen, so kann im Konkurse der Verwalter der Masse dafür sorgen, daß der Ueberschuß des Werthes über den Bedarf für die Absonderungsberechtigten festgestellt und zur Masse gezogen werde. Es ist nach §. 5 Abs. 2 und §. 9 der Konkursverwalter, welcher an Stelle des Gemeinschuldners den Realgläubigern entgegentritt und gegen welchen

4) Die Pr. KO. schrieb dieses in §. 2 Abs. 2 und §. 263 Abs. 2 ausdrücklich vor.

die Ansprüche des Absonderungsberechtigten geltend zu machen sind; allein Alles dieses wird außerhalb des Konkursverfahrens nach den Regeln des gewöhnlichen Prozesses obgewickelt. Die näheren Erörterungen sind theils bei Titel 5, theils erst bei der der landesgesetzlichen Regelung vorbehaltenen Subhastationsordnung zu geben.

Ein Zwang zur Geltendmachung des Absonderungsrechtes ist vom Gesetze nicht für nöthig erachtet worden und ebenso wird von demselben auch nirgends vorgeschrieben, daß die Absonderung oder gar die Befriedigung der Absonderungsberechtigten von Amtswegen betrieben werden solle. Wenn der Realgläubiger seinen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nicht erhebt, sei es, weil er es nicht für nöthig oder für nützlich erachtet, so bleiben seine dinglichen Ansprüche auf das Pfandstück unberührt, sie bestehen fort und müssen jederzeit bei etwaiger Versilberung des Objektes berücksichtigt werden. Setzen wir also den Fall, der Kaufmann Ameyer geräth in Konkurs, er besitzt ein Haus, auf welchem für den Privatier Carl eine Hypothek mit 10,000 Mark eingetragen ist. Nach bisherigem Bayr. Rechte war das Haus in die Gant zu ziehen, der Hypothekgläubiger Carl mußte wie jeder andere Gläubiger seine 10,000 Mark beim Konkursgerichte anmelden[5]), das Haus wurde versteigert und die 10,000 Mark in der II. Klasse eingereiht, wobei nur allenfalls eine vorläufige Auszahlung[6]) thunlich gewesen wäre. Nunmehr stellt sich die Sache aber so: Privatier Carl kann sein Absonderungsrecht geltend machen oder nicht; im ersteren Falle betreibt er unabhängig vom Konkurse die Zwangsvollstreckung, wobei der Konkursverwalter sein Gegner ist. Will er aber dies nicht und überläßt das Haus seinem Schicksal, so kann der Konkursverwalter dasselbe entweder mit der Hypothek belastet versteigern, oder er kann es um den vollen Werth veräußern und die Hypothekschuld an den Privatier Carl zurückzahlen[7]), eventuell für ihn bei Gericht[8]) hinterlegen.

Aehnlich verhält es sich mit Faustpfändern; bei diesen kann der Konkursverwalter das Absonderungsrecht durch Tilgung der Pfandschuld beseitigen; es besteht deshalb die Pflicht der Absonderungsberechtigten, binnen einer bestimmten Zeit den Besitz des Faustpfandes anzuzeigen, die Abschätzung zu gestatten und unter Umständen den Zwangsverkauf der Sache sich gefallen zu lassen, worüber später das Nähere erläutert werden wird.

---

5) Art. 1259 der B. PO.

6) Art. 1297 der B. PO.

7) Natürlich unter Aufrechthaltung der Kündigungsfrist, denn der Gläubiger darf nicht wider seinen Willen bezahlt werden.

8) Nicht beim Konkursrichter, sondern bei dem sonst für Annahme von Depositen zuständigen Richter.

§. 4.

Ausländische Gläubiger. Retorsion.

Ausländische[a]) Gläubiger[b]) stehen den inländischen gleich[c]).

Unter[d]) Zustimmung des Bundesraths kann durch Anordnung des Reichskanzlers[e]) bestimmt werden[f]), daß gegen die Angehörigen eines ausländischen Staates und die Rechtsnachfolger derselben[g]) ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht werde[h]).

I. u. II. E. §. 4; Pr. H. G. Art. 703; Pr. K.-O. §. 3; B. P.-O. Art. 1179; vgl. auch Art. 1174.

a. (Ausländische).

Als Ausland erscheint im Sinne des Gesetzes nur das außerdeutsche Gebiet; der Inwohner eines anderen deutschen Partikularstaates gilt in demjenigen Staate, in welchem ein Konkurs stattfindet, schon nach Art. 3 der Reichsverfassung als Inländer, indem „der Angehörige eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate dem Einheimischen in Betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes gleich zu behandeln ist". Desgleichen besagt §. 39 des Gesetzes vom 21. Juni 1869[1]), betreffend die Gewährung der Rechtshilfe: „Bei Anwendung der Gesetze, welche sich auf den Konkurs über das Vermögen der Ausländer beziehen, ist jeder (Nord-) Deutsche als Inländer anzusehen".

b. (Gläubiger).

Es lassen sich Beziehungen zum Auslande aus Anlaß eines Konkurses in vierfacher Form denken, nämlich:

beim Konkurse eines Inländers sind ausländische Gläubiger vorhanden;

beim Konkurse eines Inländers befindet sich ein Theil seines Vermögens im Auslande;

beim Konkurse eines Ausländers sind inländische Gläubiger vorhanden;

beim Konkurse eines Ausländers befindet sich ein Theil seines Vermögens im Inlande.

Der vorstehende Artikel behandelt den ersten und dritten Fall; der vierte Fall ist Gegenstand des §. 207 der KO. Was aber den zweiten Fall betrifft, so tritt hier die Regel ein, daß jeder Staat nur in seinem

1) Dieses im Norddeutschen Bundesgesetzblatte v. 1869 Nr. 29 S. 305 abgedruckte Gesetz gilt in Bayern seit 1. Juli 1871 nach Ges. v. 22. April 1871 (RGBl. S. 89).

eigenen Territorium Gerichtsbarkeit hat [2]), daß also das im Auslande liegende Vermögen von dem inländischen Konkurse nicht berührt wird [3]). Indessen kommen völkerrechtliche Vereinbarungen vor, wonach die vom Gerichte des gewöhnlichen Wohnortes eines Schuldners gegen diesen ausgesprochene Eröffnung eines Konkurses allgemein maßgebend erachtet wird, und folglich an das Forum concursus des Inlandes das Vermögen [4]) des inländischen Gemeinschuldners aus dem Auslande überlassen wird und umgekehrt. Die gegenwärtige Konkursordnung erachtet diese Rechtsgestaltung als die den erweiterten Verkehrs- und Kreditbeziehungen der Neuzeit allein entsprechende. (Motive zum II. S. 456.)

Es wird hierüber bei §. 207 näher gesprochen werden.

c. (stehen den inländischen gleich).

Das Gesetz macht in der Person der Gläubiger keinen Unterschied, dasselbe behandelt den Ausländer und den Inländer gleich; und zwar sowohl in der Richtung, daß die Vorschriften über das materielle Konkursrecht auf die Ansprüche der ausländischen Gläubiger ganz ebenso angewendet werden, wie auf jene der inländischen, als auch in der Hinsicht, daß beide dem gleichen formellen Verfahren unterworfen sind. Wenn also z. B. der Gemeinschuldner einige Monate vor der Konkurseröffnung zu Carlsbad in Böhmen eine Kur versucht hatte, so ist der dort domizilirende Doktor, der ihn behandelte, ganz ebenso wie der Münchner Hausarzt des Kridars berechtigt, das Vorzugsrecht nach §. 54 Ziff. 4 der KO. in Anspruch zu nehmen; ferner braucht der ausländische Arzt ebensowenig einen Anwalt aufzustellen, wie sein Bayerischer College, sondern er kann nach §. 127 der KO. seine Deserviten schriftlich anmelden.

Eine scheinbare Ausnahme von der Regel ist dann gegeben, wenn einer Forderung nur in ihrer Eigenschaft als einer inländischen eine gewisse bevorzugte rechtliche Stellung gewährt ist, wovon §. 54 Ziff. 2 ein Beispiel

---

2) Die Bayer. Pr.-Ord. Art. 1174 Abs. 2 drückt dies so aus: „Ausländischen Ganteröffnungen kommt im Inlande keine Wirksamkeit zu". Eine Ausnahme bilden jene Länder, in denen dem Deutschen Reiche die Konsulargerichtsbarkeit zusteht. In diesem ist für Konkurse der unter der Gerichtsbarkeit des Deutschen Konsuls stehenden Personen (mit gewissen Abweichungen) die KO. maßgebend, nach dem Gesetze v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) §§. 14. 12 Abs. 1. 18 Abs. 2 u. 3. 19. 45.

3) Damit nicht mittelst dieser „Exterritorialität" Jemand sich ein vom inländischen Gesetze nicht gebilligtes Absonderungsrecht verschaffe, ist in §. 42 der KO. Vorsorge getroffen.

4) Für unbewegliches Eigenthum sind derartige Vereinbarungen seltener, sie erstrecken sich meistens auf die bewegliche Habe.

gibt. Man wird selbstverständlich das in diesem Paragraphen statuirte Vorrecht nicht auch einer ausländischen Staats- oder Gemeindekasse zusprechen dürfen.

Eine andere scheinbare Ausnahme tritt mit Rücksicht auf den Grundsatz der Statutenkollision ein. Wenn z. B. ein wegen Schulden entlassener Offizier in Konkurs gerieth und es melden eine Augsburgerin, welche in der Garnison mit ihm Verhältniß hatte, und eine Französin, mit welcher er in Orléans während der Occupation ein Kind erzeugte, Forderungen gegen den Gemeinschuldner auf Grund der außerehelichen Vaterschaft an, so wird diejenige der Bayerin zugelassen, diejenige der Französin abgewiesen, allein nicht, weil sie keine Inländerin ist, sondern weil ihr nach dem Code Napoléon in diesem Falle eine Klage nicht zusteht. Denn durch die Vorschrift des §. 4 Abs. I ist die Anwendung eines fremden Gesetzes auf die Beurtheilung des zwischen dem Ausländer und dem Gemeinschuldner in Frage stehenden Rechtsverhältnisses dann nicht ausgeschlossen, wenn nach den Grundsätzen über die örtlichen Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln [5]) dieses Rechtsverhältniß nicht dem Rechte des Inlandes, sondern dem Rechte unterworfen ist, welches für die Person des Gläubigers oder den Ort des Geschäftes gilt. Wenn also z. B. die Gesetze am Wohnorte des ausländischen Gläubigers den Eintritt der Volljährigkeit nicht wie bei uns auf das 21. Jahr, sondern erst auf das 25. festsetzen, so ist der 23 jährige Ausländer von der selbständigen Vertretung im Konkurse ausgeschlossen; wenn am ausländischen Orte der Vertrag, aus welchem der im Konkurse liquidirte Anspruch abgeleitet wird, nur von dem Notar giltig abgeschlossen werden konnte, so hat der Konkursrichter den Ausländer nicht einem Inländer gleich zu stellen, sondern dessen Anspruch nach den Grundsätzen seines Landes zu beurtheilen. Ich halte nach diesen Prinzipien das Erkenntniß des Berliner Obertribunals vom 16. Februar 1858 [6]) nicht für richtig, welches ausspricht, daß, falls der am 1. Juli in Konkurs gerathene Bankier A von München in Wien am 15. Juni an Bankier B hundert Stück Creditaktien lieferbar ultimo Juli in Wien verkauft hatte, die Ansprüche des B auf Entschädigung wegen unterbliebener Erfüllung nach dem zu München, als dem Orte des Konkurses geltenden Rechte zu beurtheilen seien. Nach meiner Meinung kann Bankier B im Konkurse liquidiren, was er außerhalb des Konkurses klagweise verfolgen konnte, nämlich dasjenige, was ihm nach den Gesetzen und

---

5) v. Savigny, System des H. R. R. VIII S. 5 ff. Vgl. auch Mandry § 4 Nr. 4.

6) Abgedruckt in Striethorst Bd. 38 S. 1 ff. und exzerpirt bei Hahn a. a. O. S. 18 Note 12.

Usancen des Erfüllungsortes wegen der Nichterfüllung des Zeitkaufes gebührt. Dagegen entscheidet über den Rang einer bei einem Deutschen Gerichte liquidirten Forderung, auch wenn eine solche im Auslande entstanden, allerdings nur die Deutsche Konkursordnung.

d. (unter).

Die Würde eines jeden Staates verlangt, daß er seine eigenen Angehörigen gegen Unbilligkeiten im internationalen Verkehre schütze; das erste Mittel hiezu besteht darin, daß er eine solche Unbilligkeit mit einer gleichen oder ähnlichen Handlungsweise erwidert. Diese Anwendung gleicher Mittel gegen einen Staat, welcher er sich gegen den unsrigen bedient oder die Vergeltung des „Einem nicht Anständigen" mit Gleichem, pflegt man Retorsion, Vergeltungsrecht, zu nennen[7]). Die zu retorquirende Unbilligkeit kann darin bestehen, daß der „Fremde"[8]) hinter dem Einheimischen oder auch, daß er hinter anderen Fremden zurückgestellt wird[9]); dieselbe kann beruhen auf positiver Gesetzgebung, auf Gewohnheitsrecht oder auf bloßen Reglements.

e. (Zustimmung des Bundesrathes durch Anordnung des Reichskanzlers).

Frühere Gesetzgebungen (z. B. §. 3 der Pr. KO.) überließen die Anwendung der Retorsion der Entscheidung des Richters; derselbe hatte zu prüfen, ob der Fall einer ungleichen Behandlung des Einheimischen im Auslande vorliege und bei geführtem Beweise den Ausländer im konkreten Falle gleichfalls in derselben Weise zu behandeln. Eine solche Rechtsgestaltung widerstreitet den üblichen Grundsätzen im völkerrechtlichen Verkehre; eine Retorsion kann nur von der Staatsgewalt verfügt werden[10]), da nur ihr die Souveränität und somit auch die Selbsthülfe gegen andere Staaten zusteht. Einer Ausübung dieses Rechtes durch die Gerichte widerspricht — abgesehen davon, daß Gerichte als solche keine Souveränitätsrechte haben und

7) Vgl. übrigens Dr. Franz v. Holtzendorff, Rechtslexikon Bd. II (2. Aufl.) S. 489, welcher diese Definition nicht als genügend erklärt; Wurm in Rotteck's Staatslexikon Bd. XIV S. 460 definirt Retorsion als die „Erwiderung eines von keiner Seite bestreitbaren Rechtes".

8) Das heißt vom anderen Staate aus betrachtet, vom Standpunkte des retorquirenden Staates aus: „sein Staatsangehöriger".

9) Anlaß zur Anwendung des §. 4 Abs. II wäre also gegeben, wenn z. B. in Italien die Forderungen fremder Gläubiger im Konkurse überhaupt nicht zugelassen würden, aber auch wenn etwa Russische Gläubiger mit den Italienischen gleichgestellt, die sonstigen Fremden aber erst in der letzten Rangklasse zum Zuge kämen.

10) v. Holtzendorff a. a. O.

üben können — die nothwendige Einheit der Willensbestimmung, Vertretung und Aktion des Staates nach Außen. Deshalb hat die Deutsche Konkursordnung die Verhängung des Wiedervergeltungsrechtes der obersten Reichsgewalt übertragen; es ist aber selbstverständlich hiedurch nicht ausgeschlossen, daß das Gericht, wenn ihm der Fall unbilliger Behandlung eines Deutschen im Auslande bekannt wird, durch geeignete Berichterstattung eine Retorsion provozirt; ja es erscheint dies sogar als seine Pflicht. Nachdem jedoch der Grundsatz der Wiedervergeltung (wie die Motive z. II. E. S. 36 sagen) nicht als zwingendes Recht festzuhalten ist, sondern als Gebot der Politik[11]), und (wie die Motive zum II. Entw. S. 32 beifügen) als völkerrechtliches Mittel der Einwirkung auf einen fremden Staat erscheint, so wird es von den Umständen abhängen, ob einem derartigen Antrage Folge gegeben werden will oder nicht. Zu bemerken ist, daß die „Zustimmung des Bundesrathes" im ersten Entwurfe fehlte und daß in der Justizkommission beantragt[12]) wurde, die Retorsion ganz fallen zu lassen.

f. (bestimmt werden).

Eine solche Bestimmung liegt vor, wenn durch einen Staatsvertrag die Stellung der wechselseitigen Angehörigen in Konkursfällen geregelt ist. Es läßt sich nun zwar denken, daß eine gewisse Zurücksetzung vice versa stipulirt wäre, und an diese Stipulation müßten die Gerichte sich halten; allein dieser Fall wird in der Praxis nicht wohl vorkommen. Wenn ein Staatsvertrag geschlossen ist, so wird er den Zweck haben, solche Zurücksetzungen zu verhindern, es werden in der Regel die Verträge volle Gleichberechtigung ausbedingen und damit den Anlaß zur Retorsion beseitigen. Von Seite des Reichs sind bisher (1. Januar 1884) solche Verträge noch nicht geschlossen worden, und ebenso war auch noch kein Anlaß gegeben, die im §. 4 Abs. II vorbehaltene Retorsion anzuordnen.

Nachdem übrigens derartige Bestimmungen nicht für einen einzelnen Fall erlassen werden[13]), sondern als eine allgemeine politische Maßnahme erscheinen, so wird deren Veröffentlichung zur Darnachachtung Seitens aller deutschen Gerichte zu erfolgen haben, und zwar im Centralblatte für das Deutsche Reich oder im Reichsanzeiger.

---

11) In der Berathung der Justizkommission (K. Pit. S. 9) bemerkte auch Dr. Goldschmidt: „Retorsion sei eine politische Maßregel".

12) Dieser von den Abg. Ausfeld und Frankenburger gestellte Antrag, welcher übrigens schließlich zurückgezogen wurde, ging von der Voraussetzung aus, daß in der nächsten Zeit durch internationale Verträge des Deutschen Reichs ohnehin jede unbillige Behandlung der Deutschen im Auslande aufhören und somit jeder Grund zur Retorsion wegfallen werde.

13) Vgl. jedoch lit. h.

g. (Rechtsnachfolger derselben).

Schon nach Gemeinem Rechte ist es unzulässig, sich behufs Geltendmachung einer Forderung dadurch einen Vortheil zu verschaffen, daß man sie an einen durch irgend eine Eigenschaft (Stellung, Einfluß und Ansehen) günstiger Gestellten überträgt [14]). Dieselbe Idee liegt unserem Gesetze zu Grunde; wenn nämlich z. B. im Wege der Retorsion gegen Frankreich verfügt wäre, daß Angehörige dieses Landes im Konkurse über einen deutschen Gemeinschuldner mit ihren Forderungen nicht berücksicht werden dürfen, so könnte diese Anordnung einfach dadurch illusorisch gemacht werden, daß der Fabrikant A zu Lyon, welcher dem Münchner Kaufmann B Waaren auf Kredit geliefert hat, seine Forderung an die Bayerische Vereinsbank überträgt, oder wenn er dieselbe an einen Banquier in Oesterreich (gesetzt, daß mit diesem Staate Gegenseitigkeit besteht) cedirt. Diesen Manipulationen wird durch die in §. 4 Abs. II enthaltene Bestimmung vorgebeugt, daß die Retorsion auch die Rechtsnachfolger der ausländischen Gläubiger trifft. Die fragliche Vorschrift bedarf indessen einer limitirenden Auslegung. Unter „Rechtsnachfolger" versteht man nämlich im Allgemeinen auch die Universalsuccession (diese sogar ganz besonders); das Gesetz hat jedoch lediglich die Singularsuccessoren im Sinne [15]). Wenn im obigen Beispiele der Fabrikant A in Lyon von seinem Neffen, dem bayerischen Staatsangehörigen C in München beerbt worden wäre, so ist C zwar der „Rechtsnachfolger des A, allein ihm gegenüber gibt es keine Retorsion; denn ihm steht der Anspruch nicht nomine alieno, sondern proprio nomine zu; er übt kein Forderungsrecht für einen Franzosen, sondern er übt sein eigenes aus [16]). Ebenso würde es zu halten sein, wenn z. B. der Bayer F von dem Fabrikanten A dessen Gesammtgeschäft mit Firma und allen Aktiven und Passiven erworben hätte. Auch in diesem Falle bestände kein Grund, gegen den Bayern ein Vergeltungsrecht zuzulassen. Zweifelhafter ist folgender: Lieutenant D in München heirathet die Tochter des Fabrikanten A in Lyon und zu dem Heirathsgute der Fräulein A gehört unter anderen Aktiven die Forderung gegen den Kaufmann B; in diesem Falle könnte doch nicht wohl eine Retorsion gegen die bayerische Staatsangehörige eintreten, welche im Konkurse zwar einen durch Uebertragung erworbenen

14) Vgl. den Titel des Codex (2, 14) ne liceat potentioribus u. s. w.

15) Dies geht hervor daraus, daß 1) die Pr. KO. §. 3 als Quelle des gegenwärtigen §. 4 sich des Wortes „cediren" bedient, und 2) die Motive stets nur von „Uebertragung" sprechen.

16) Dies ist, wie gesagt, höchst zweifelhaft, würde aber, anders entschieden, offenbar eine Ungerechtigkeit enthalten. Vgl. übrigens die Erläuterung lit. h.

Anspruch, aber nicht als „Rechtsnachfolgerin" im eigentlichen Wortsinne geltend macht[17]),

Faktisch wird sich die obige Bestimmung noch modifiziren in den Fällen, in welchen eine Forderung an das Papier geknüpft und somit die Uebertragung nicht weiter zu prüfen ist. Gesetzt, im obigen Beispiele hätte der Kaufmann B die bezogenen Waaren mittelst einer Tratte berichtigt, die auf ihn indossirt war, und die er in blanco weiter girirt; wenn auf Grund dieser Tratte die Vereinsbank im Konkurse gegen B einen Anspruch erhebt, kann sicherlich nicht die Retorsion gegen sie geübt werden unter der Angabe, der Wechsel sei einmal in den Händen eines Franzosen gewesen[18]).

b. (zur Anwendung gebracht werde).

Diese Anwendung soll nach dem Wortlaute des Gesetzes eine allgemeine sein; hierin unterscheidet sich dasselbe von den meisten übrigen Legislationen. Der §. 2 der Pr. KO. hatte bestimmt, daß die Retorsion gegen den Rechtsnachfolger nur dann eintrete, wenn die Cession erfolgte zu einer Zeit, in welcher bereits von dem Gemeinschuldner die Zahlungen eingestellt waren oder in welcher bereits der Gemeinschuldner die Unzulänglichkeit seines Vermögens bei dem Gericht angezeigt oder ein Gläubiger desselben die Konkurs-Eröffnung beantragt hatte. Die Oesterreichische Konkursordnung (§. 52) enthält eine gleiche Vorschrift, jedoch nur für die Cessionen nach Eröffnung des Konkurses.

Es ist nun zu bemerken, daß die Motive des I. Entwurfes zum gegenwärtigen Gesetze diese Bestimmungen als bedenklich und in manchen Fällen als ohne Zweifel hart erklären, weil dieselben auf die Wissenschaft des Cessionars von dem Eintritte des entscheidenden Momentes keine Rücksicht nehmen. Um dieser Härte auszuweichen, hatte der I. Entw. in §. 6 die Sache so geordnet, daß in jedem einzelnen Falle der Richter nach Ermessen der vorliegenden Beschaffenheit desselben die Art und Ausdehnung der Retorsion beantragen und das Vergeltungsrecht vom Reichskanzler in concreto bestimmt werden sollte. Dies ist in der jetzigen Fassung des Gesetzes eigentlich ausgeschlossen, allein die Motive zum II. Entw. sagen: „die Anordnung muß eine allgemeine sein, sie wird in der Regel alle Angehörigen des fremden Staates treffen müssen, kann aber auch, sei es unbedingt, sei es mit gewissen Voraussetzungen, auf die Rechtsnachfolger derselben sich erstrecken; damit werden zugleich die Bedenken über den kritischen Zeitpunkt

17) Ebenso Stieglitz S. 37 u. v. Wilmowski S. 73; A. A. v. Sarwey S. 28, welcher der Meinung ist, daß im Zweifel auch die Universalsuccessoren der Retorsion unterliegen.

18) Weitere Sicherungsmittel gegen Umgehung des §. 4 bieten §. 42 und 49 der KO.

einer Cession und über die Person des Cessionars beseitigt". Hienach geht das Gesetz offenbar von der Ansicht aus, daß die Verfügung der Retorsion in Bezug auf die Rechtsnachfolger des Ausländers nicht unbedingt zu lauten hat, sondern nach den einzelnen Fällen Ausnahmen machen kann. Bei der keineswegs glücklichen Fassung des §. 4 Abs. II ist diese Auslegung nicht abzulehnen, indem damit eine Remedur, namentlich in Fällen wie die oben beispielshalber erwähnten, möglich erscheint.

---

§. 5.

I. Wirkungen des Konkurses. Eintritt derselben.
II. Verfügungen über die Konkursmasse.

Mit der Eröffnung [a]) des Verfahrens [b]) verliert der Gemeinschuldner [c]) die Befugniß, sein [d]) zur Konkursmasse gehöriges [e]) Vermögen zu verwalten [f]) und über dasselbe zu verfügen [g]).

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt [h]).

I. Entw. §. 7 u. 8; II. Entw. §. 5; Pr. H. G. Art. 704; Pr. K.-O. §. 4; B. P.-O. Art. 1206, 1208, 1233.

a. (Mit der Eröffnung).

Zwei Fragen entscheidet der erste Absatz des obigen Paragraphen, welche nicht nur in der Theorie sehr bestritten waren, sondern auch in den verschiedenen Gesetzgebungen in bunter Mannigfaltigkeit behandelt sind. Daß der Schuldner in Folge der Ueberschuldung das Dispositionsrecht über sein Vermögen verlieren müsse, darüber bestand keine Kontroverse; es war aber sowohl hinsichtlich des älteren Römischen als des Gemeinen Rechtes zweifelhaft, ob dieser Verlust ipso jure durch die missio creditorum und bez. das decretum de aperiundo erfolge, oder ob der Schuldner ausdrücklich aus dem Besitze seines Vermögens entsetzt werden müsse. Die neuere Doktrin [1]) nahm an, daß in der Konkurseröffnung ein stillschweigendes Veräußerungsverbot liege, und dieser Ansicht sich anschließend bedient sich die Pr. KO. in §. 4 [2]) des Ausdruckes „mit der Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner von Rechtswegen die Befugniß" u. s. w. Der I. Entwurf

---

1) Schweppe a. a. O. §. 31 Note 2 und Bayer a. a. O. S. 69.

2) Ebenso Pr. H. G. Art. 704, während B. P.-O. die Worte „von Rechtswegen" nicht hatte.

nahm diesen Ausdruck herüber, ging aber insoferne weiter, als er in §. 7 aussprach, daß nicht nur der Verlust des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes, sondern alle Wirkungen, welche das Verfahren auf die materiellen Rechtsverhältnisse ausübt[3]), von Rechtswegen und zwar im ganzen Bundesgebiete eintreten, und daß es weder zum Eintritte der einen oder anderen Wirkung eines besonderen richterlichen Ausspruches bedürfe, noch daß es statthaft sei, diese oder jene Wirkung durch richterliches Befinden abzuändern oder zu beseitigen[4]).

Dasselbe muß auch jetzt als geltend angenommen werden, denn wenn das Gesetz die Worte „von Rechtswegen" nicht mehr[5]) enthält, so spricht doch der Ausdruck „mit der Eröffnung des Verfahrens" deutlich genug aus, daß die Folge der Dispositionsunfähigkeit ipso jure und ohne daß es einer speziellen richterlichen Verfügung bedarf eintritt.

Noch zweifelhafter war die zweite in dem obigen Paragraphen entschiedene Frage, wann die mehrerwähnte Beschränkung des Schuldners in seinen Befugnissen einzutreten habe. Von der thatsächlichen Zahlungseinstellung an, welche die Französische Gesetzgebung als jenen Moment bezeichnet[6]), bis zur Rechtskraft des Ganterkenntnisses hin[7]) schwanken die partikularrechtlichen Legislationen[8]) in ihrer Wahl; unser Gesetz hat einen deutlichen, allgemein erkennbaren Zeitpunkt bestimmt, der weder zu früh noch zu spät ist; es ist derjenige, in welchem das Gericht ausspricht, das parate Vermögen des Schuldners reiche zur Deckung seiner Verpflichtungen nicht mehr hin und deshalb sei der Konkurs zu eröffnen. Dabei aber ist im praktischen Interesse zugelassen, sowohl gewisse Rechtswirkungen, z. B. in Betreff der Anfechtungen und Kompensationen, wegen der Besonderheit dieser Fälle schon an den Eintritt der das Verfahren begründenden Verhältnisse, insbesondere an die Zahlungseinstellung zu knüpfen (vgl. §. 23 Abs. 1, §. 48), als auch vorbereitend vor der wirklichen Eröffnung des Verfahrens gewisse Sicherheitsmaßregeln, Beschlagnahme, Veräußerungsverbot u. s. w. vorzukehren. (Vgl. §. 98 der KO.)

---

3) Z. B. die Verpflichtung zur Sicherstellung, wenn der Acceptant in Konkurs geräth nach Art. 29 der A. d. Wechselordnung. Vgl. §. 100 der KO.

4) Vgl. Motive zum I. Entw. S. 37.

5) Sie fehlen bereits im II. Entw., welcher die §. 7 u. 8 des I. Entw. in den gegenwärtigen §. 5 zusammenzog, die früheren Motive aber fast wörtlich wiederholte, so daß die Weglassung nur als Redaktionsänderung erscheint.

6) Code de commerce Art. 442, 437.

7) Die B. P.-O. Art. 1206 hatte die Verkündung des erstrichterlichen Beschlusses als diesen Zeitpunkt gewählt.

8) Vgl. Motive zum II. Entw. S. 33.

b. (des Verfahrens).

Das Verfahren ist nicht mit dem Antrage auf Eröffnung oder mit etwaigen präparatorischen Maßregeln eröffnet, sondern der im obigen Paragraphen gemeinte Zeitpunkt ist die nach §. 100 der KO. im Eröffnungsbeschlusse anzugebende Stunde, und wenn eine solche nicht angegeben ist, die Mittagsstunde des Tages, an welchem der Beschluß erlassen wurde. Gesetzt also z. B. der Kaufmann Gemeyer hat am 26. Februar 1880 seine Zahlungen eingestellt, am 1. März 1880 ist der Konkurs über ihn eröffnet worden und als Stunde der Eröffnung Nachmittags 4 Uhr bestimmt; er hat um 5 Uhr eine 100 Mark werthe alte Uhr an einen besonderen Liebhaber um 200 Mark verkauft, so ist ohngeachtet des offenbar vortheilhaften Geschäftes die Verfügung des Gemeyer über sein Eigenthum (relativ) nichtig[9]; hat er aber den Verkauf um halb 4 Uhr abgeschlossen, so ist er gültig und auch nicht anfechtbar, da durch denselben die Konkursgläubiger offenbar nicht benachtheiligt sind.

c. (verliert der Gemeinschuldner).

I. Dieser Verlust kann nur soweit eintreten, als die Jurisdiktion des den Konkurs eröffnenden Gerichtes reicht[10]). Ueber das außerhalb dieser Jurisdiktion liegende Vermögen kann dem Gemeinschuldner an sich durch das nicht zuständige Gericht die Verwaltung und Verfügung nicht genommen werden; von dieser Regel machte schon der §. 13 des Reichsrechtshülfegesetzes[11]) eine Ausnahme, indem er verfügte, daß durch das in einem Bundesstaate eröffnete Konkursverfahren das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners auch in den übrigen Bundesstaaten beschränkt werde. Das Einführungsgesetz hebt in §. 3 Abs. 2 diese Bestimmung auf, aber nur deshalb, weil nunmehr die Konkursordnung selbst für das ganze Deutsche Reich gilt und die einzelnen Konkursgerichte im ganzen Umfange des Reiches Jurisdiktion haben. Wenn also das Gericht in München über den Fabrikanten A den Konkurs eröffnet hat, so verliert derselbe die Verwaltung und Verfügung auch über sein in Berlin befindliches Waarenlager und über seinen Weinberg in Affenthal.

II. Die Folge des Verlustes der Befugniß zur Verwaltung und Verfügung über das Vermögen ist eine doppelte. Die hauptsächlichste Folge wird in §. 6 der KO. näher erörtert und bildet die relative Nichtigkeit der Verfügungen. Aber abgesehen hievon stellt sich auch eine solche Verwaltungs- und Verfügungshandlung des Gemeinschuldners als eine unbefugte dar und muß also als solche angesehen und beurtheilt werden[12]).

---

9) Vgl. jedoch über die Geltendmachung dieser Nichtigkeit unten §. 6 Note e.

10) Vgl. oben S. 69.

11) RGBl. v. 1869 S. 308.

12) Wenn z. B. der Kridar nach der Eröffnung des Verfahrens ein von ihm

d. (sein).

Dieses Wörtlein hat eine ganz ungemein wichtige Bedeutung; nach den Verhandlungen der Justizkommission[13]) (K. Prt. S. 9) ist durch den Ausdruck „sein" der gemeinrechtlichen Theorie von einer Universalsuccession der Gläubiger in das Vermögen des Gemeinschuldners entgegengetreten und soll dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß der Gemeinschuldner Eigenthümer der Konkursmasse bleibt[14]).

e. (zur Konkursmasse gehöriges Vermögen).

Die Beschränkung des Gemeinschuldners darf nicht weiter gehen, als der Zweck des Gesetzes; derselbe geht aber dahin, das zur Vertheilung an die Gläubiger bestimmte Vermögen sicher zu stellen und daher seiner Bestimmung zu erhalten. Daraus folgt, daß Alles, was nicht den Konkurs-Gläubigern zufallen soll, also was nicht zur Masse gehört, der Verwaltung und Verfügung des Gemeinschuldners überlassen bleiben muß. Diese Ausnahme erstreckt sich aber natürlich weder auf die einem Absonderungsrechte unterliegenden Objekte, also z. B. die Immobilien oder Pfandgegenstände, da von ihnen wenigstens eventuell Etwas in die Masse fallen kann, noch auch auf jene Vermögenstheile, deren Substanz zwar dem Zugriffe der Gläubiger entzogen ist, deren Nutzungen aber in die Masse gehören, z. B. die Lehen, Fideikommißgüter u. s. w., deren Verwaltung ebendeshalb Konkurssache wird, worüber bei §. 5 des Einführ.-Gesetzes gesprochen werden wird. Dagegen bleibt dem Gemeinschuldner die Verwaltung und Verfügung über alles desjenige, was nach den Erläuterungen zu §. 1 (S. 53) der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht unterliegt, und insbesondere über den neuen Erwerb, der nach der Konkurseröffnung von ihm gemacht wird[15]). (Vgl. hierüber auch §. 11.)

---

gepachtetes Jagdrecht ausübt, so ist er nach §. 292 des StGB. strafbar. Urth. des Oberlandesgerichtes Colmar v. 24. März 1882 in Busch Zeitschrift für Civilprozeß Bd. VII S. 117.

13) Abg. Grütering beantragte nämlich statt „sein" zu setzen „das".

14) Vgl. oben S. 34.

15) In Bezug hierauf kann er handeln, wie jeder Handlungsfähige, er kann also insbesondere auch Wechsel ausstellen und acceptiren. Vgl. die Erk. des Berliner Obertribunals vom 20. Oktober 1859 (bei Striethorst Bd. 34 S. 328) u. des OAG. zu Dresden v. 19. Juni 1856 (Tauchnitz Bd. 16 S. 282); es findet aus solchen Wechseln die Exekution gegen ihn natürlich auch während des Konkurses statt (Erk. des OAG. zu Kiel bei Seuffert Bd. VI S. 143 u. Bd. X S. 449); die entgegengesetzten früheren Erkenntnisse Preußischer Gerichte passen nicht mehr, weil sie von dem Standpunkte der Pr. KO. aus gingen, daß auch der Erwerb während des Konkurses zur Masse gehöre.

f. (zu verwalten).

So wie das Gesetz lautet, müßte man eigentlich annehmen, daß der Gemeinschuldner überhaupt unfähig würde, die Verwaltung seines zur Masse gehörigen Vermögens fortzuführen; indessen darf man soweit kaum gehen. Es ist nirgends im Gesetze ausgeschlossen, daß die Gläubiger, wenn sie es für ihre eigenen Interessen vortheilhaft finden, die Verwaltung des gesammten Vermögens oder auch einzelner Theile desselben [16]) dem Gemeinschuldner selbst überlassen können. Es kann dies unter Umständen, wenn der Kridar besondere Fähigkeiten für den Betrieb eines Geschäftes besitzt, von großem Nutzen sein und hat bei einem redlichen Manne keine Gefahr. In einem solchen Falle handelt dann aber der Gemeinschuldner nicht als „Gemeinschuldner", sondern als „Konkursverwalter", und hat dessen Befugnisse, Rechte und Pflichten.

g. (zu verfügen).

Auch dieser Ausdruck darf nicht wörtlich [17]) genommen werden; vor Allem ist der Gemeinschuldner nicht gehindert, von Todeswegen zu verfügen; es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß weder ein Testament, welches Jemand vor Ausbruch der Gant errichtet hat, durch den Ausbruch des Konkurses nichtig wird, noch eine während des Konkurses errichtete letztwillige Verfügung ungiltig sein würde auch hinsichtlich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens.

Setzen wir den Fall: der während des Konkurses verstorbene Rittergutsbesitzer Hameyer hat, um den Familienbesitz zu retten, nach der Konkurseröffnung ein Testament gemacht, in welchem er nicht seinen intestatberechtigten Neffen Otto, sondern den entfernten Vetter Heinrich, welcher ein bedeutendes Vermögen erheirathet hat, zum Erben einsetzt; sicher kann dieser, wenn er eine Befriedigungserklärung sämmtlicher Gläubiger seines Erblassers beibringt und damit nach §. 188 die Einstellung des Konkurses erzielt, das Gut an sich ziehen und der Neffe Otto kann nicht etwa das Testament auf Grund des §. 5 der KO. anfechten [18]).

16) Mir selbst ist aus der Praxis der Fall bekannt, daß die Gläubiger in der Gant eines Bierbrauers den Schuldner dringend ersuchten, das Braugeschäft fortzuführen und ganz nach eigenem Ermessen zu verfahren, unter Ablieferung des Ertragsüberschusses an die Masse. Der bei §. 8 lit. h zu erwähnende Fall, daß die Fortsetzung eines für die Masse anhängigen Prozesses dem Gemeinschuldner übertragen wird, bildet gleichfalls ein Beispiel.

17) Die Motive gebrauchen daher statt des Wortes „verfügen" den Ausdruck: „so lange das Konkursverfahren dauert, kann der Gemeinschuldner seine Eigenthumsrechte an der Konkursmasse nicht ausüben".

18) Auch dann nicht, wenn der Vetter Heinrich dem Herrn Hameyer Geld ge-

Aber auch hinsichtlich der Verfügung unter Lebenden ist das Verbot des §. 5 nicht ein durchschlagendes, worüber die Erläuterung zu §. 6 zu vergleichen ist, indem dortselbst die Grenzen erörtert werden, innerhalb welcher allein die Verfügungen des Gemeinschuldners ungiltig sind.

b. (durch einen Konkursverwalter ausgeübt.)

Die prinzipielle Frage, ob der Konkursverwalter als Vertreter der Gläubiger oder des Gemeinschuldners anzusehen ist, hat ihre Erörterung bereits in der Einleitung (S. 39 u. 41) gefunden und dort wurde versucht darzulegen, daß nach dem Systeme der gegenwärtigen Konkursordnung der Konkursverwalter weder ausschließlich die eine noch ausschließlich die andere Seite vertritt, sondern als Vertreter der Masse als eines selbstständigen mit der Fähigkeit zum Erwerb von Rechten und zur Eingehung von Verbindlichkeiten ausgestatteten Vermögensinbegriffes[19]) anzusehen ist. In jener Doppelstellung liegt die eigenthümliche Natur der Vertretung. Wenn einerseits der Konkursverwalter die Rechte des Gemeinschuldners an dessen zur Masse gewordenem Vermögen auszuüben hat und somit als Kurator des Gemeinschuldners sich darstellt, so hat doch diese Kuratel in dem Konkursanspruche der Gläubiger ihren Grund und sie hat den Zweck, den Anspruch zu verwirklichen. Deshalb hat der Konkursverwalter zwar immer für das Interesse der Gläubiger zu sorgen, da aber solches jederzeit mit dem wohlverstandenen Interesse des redlichen Schuldners zusammenfällt (Motive S. 16), so sorgt er eben damit auch für den letzteren. Der Konkursverwalter vertritt sonach keineswegs etwa die gesammte vermögensrechtliche Persönlichkeit des Gemeinschuldners[20]), vielmehr ist er nur Verwalter und Disponent des die Konkursmasse bildenden Vermögens, und diese Vertretung hat, wie erwähnt, in dem Befriedigungsrechte der Gläubiger ihren Ursprung und ihr Ziel. Man könnte deshalb zur Charakterisirung der Aufgabe des Konkursverwalters sagen: „die Ausübung der Rechte des Gemeinschuldners erfolge zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger“[21]).

Indessen darf nicht etwa angenommen werden, als ob die Gültigkeit der Verfügungen des Verwalters in ihrer Zweckmäßigkeit eine rechtliche Schranke finde[22]), vielmehr ist derselbe berechtigt, alle Befugnisse des

---

liehen und als Konkursgläubiger sich gemeldet hatte, obwohl in diesem Falle dem Wortlaute nach das Testament „eine Rechtshandlung gegenüber einem Konkursgläubiger“ war.

19) Die „Masse“ ist also zu charakterisiren, wie das ROHGR. das Gesellschaftsvermögen auffaßt, vgl. z. B. Bd. XXV S. 161.

20) Auch nicht mit der Beschränkung auf das, was vom Konkurse ergriffen wird.

21) Aus den Motiven zum II. E. S. 34.

22) Um diese Annahmen zu beseitigen, wurde (Mot. S. 34) im II. E. der im

Schuldners in Betreff des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens auszuüben, soweit das Gesetz ihm nicht bestimmte Schranken setzt, einerlei, ob die Ausübung thatsächlich für jenen Zweck nöthig, oder förderlich ist. Hat er thatsächlich gegen diesen Zweck verstoßen, das heißt nachtheilig gehandelt, so kann er wohl dem Schuldner oder den Gläubigern verantwortlich sein, aber Alles, was er innerhalb der ihm zustehenden Befugnisse gethan hat, bleibt gültig sowohl gegenüber dem Dritten, als dem Gemeinschuldner und den Gläubigern.

Die Rechte und Pflichten des Konkursverwalters werden im zweiten Buche (Tit. I §. 74, 76, 77, 78; Tit. III §. 107, 111—119, 121, 122, 123; Tit. V §. 137 ff.; Tit. VI §. 176) im Einzelnen behandelt; die spezielle Thätigkeit in Bezug auf Erhaltung und Verwerthung der Masse richtet sich selbstverständlich nach den Umständen. Doch gilt als Prinzip, daß der Konkursverwalter im Allgemeinen Alles zu thun berechtigt ist, was diesem Zwecke dient [23]). Er kann insbesondere auch neue Rechtsgeschäfte eingehen [24]), er kann z. B. Gegenstände kaufen [25]), Dienstboten, Aufseher u. s. w. annehmen; er kann Massegegenstände, die zur Zeit nicht verkäuflich sind, verpachten und vermiethen [26]), er kann sogar Sachen

---

I. E. §. 8 enthaltene Beisatz: „zum Zwecke der Befriedigung der Gemeingläubiger" gestrichen.

23) Da in diesem Zwecke zugleich die Grenze der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse eines Konkursverwalters liegt, so sind gewisse Verfügungen durch die Natur der Sache ausgeschlossen. Der Konkursverwalter wird z. B. die Masse nicht in eine Aktiengesellschaft umwandeln können, er wird auch nicht für die Masse in eine Gesellschaft treten dürfen, ganz abgesehen von Art. 123 Ziff. 3 des A. D. HGB.

24) Allerdings nicht absolut, sondern nur insoweit diese nothwendig oder zweckmäßig sind, die Abwicklung des Konkurswesens zu bethätigen; allein auch hier gilt was oben gesagt ist, die Schranke betrifft nur seine Verantwortlichkeit. Ein Einwand des Gegenkontrahenten, (wie dies z. B. in dem Erk. des ROHG. v. 6. Mai 1870 (Bd. XIII S. 226) und v. 15. November 1876 (Bd. XXI S. 307) dem Liquidator gegenüber zugelassen ist) das für die Konkursmasse vom Verwalter als solchem eingegangene Geschäft habe auf die Abwicklung der Masse keinen Bezug, ist unzulässig.

25) Auch Immobilien (KO. §. 112 Nr. 2). Die entgegengesetzte Entscheidung des Berliner Obertribunals vom 19. Juli 1865 (Striethorst Bd. 57 S. 362), wonach der Verwalter in einer Zwangsversteigerung das dem Gemeinschuldner verhypothezirte Objekt nicht einmal, um die Hypothek zu retten, einsteigern dürfte, kann nach dem gegenwärtigen Rechte nicht als richtig anerkannt werden.

26) Wie weit der Verwalter in solchen präjudizirlichen Handlungen den Gläubiger-

verpfänden (z. B. Werthpapiere lombardiren), Darlehen aufnehmen (z. B. zum Fortbetrieb einer Fabrik), er kann insbesondere auch Wechsel ausstellen, acceptiren und indossiren [27]) und Aehnliches. Es unterliegt ferner keinem Zweifel, daß er 2) die von dem Gemeinschuldner ertheilten Mandate, insbesondere eine Prokura und Handelsvollmacht, widerrufen kann; wobei allerdings dieser Widerruf nur die Befugniß der Stellvertreter endigt, irgendwie über Vermögenstheile, welche zur Masse gehören, rechtliche Verfügungen zu treffen, während im Uebrigen das Verhältniß des Mandatars zum Gemeinschuldner nicht berührt wird [28]). 3) Eine Mitwirkung des Gemeinschuldners zu den Handlungen des Verwalters wird mitunter thatsächlich nothwendig sein und kann dann sogar (§. 98 der KO.) erzwungen werden; rechtlich ist dieselbe nicht geboten [29]), insbesondere bedarf es auch in Schriftstücken, die auf den Namen des Kridars lauten, keiner Mitzeichnung desselben zur Weiterbegebung; z. B. einen auf den Kaufmann A als Gläubiger lautenden Kassenschein zieht, wenn A in Konkurs verfallen, der Konkursverwalter B ein und quittirt denselben auch; einen auf A gezogenen Wechsel acceptirt nach der Konkurseröffnung, wenn es z. B. zum Fortbetrieb des

---

ausschuß befragen muß, wird später zu erörtern sein, hier handelt es sich nur um dessen Recht in thesi.

27) Der Wechsel verhaftet prinzipiell nicht nur das Vermögen, sondern auch die Person (was sich allerdings jetzt seit Aufhebung der Wechselhaft nicht mehr motiviren läßt), deshalb hat man gezweifelt, ob der Konkursverwalter auch eine Handlung, welche derart präjudizirlich ist, vornehmen könne. Indessen wird sich nicht bestreiten lassen, daß er in demselben Maße und mit denselben Folgen wie jeder Güterpfleger für die von ihm verwaltete Masse wechselfähig ist. Wessen Person in solchem Falle zu haften hat, ob seine eigene, die des Gemeinschuldners oder gar keine, dies zu untersuchen erscheint jetzt, da überhaupt die Person nicht mehr haftet, überflüssig. Bei wem die Präsentation des Wechsels vorzunehmen ist, vgl. die Erläuterungen zu §. 107.

28) Diese modifizirte Erlöschung des Mandates wird praktisch zu manchen Verwicklungen führen, indessen läßt sich juristisch kaum etwas dagegen einwenden. Ist freilich auf Grund des Widerrufes Seitens des Konkursverwalters die Erlöschung der Prokura im Handelsregister eingetragen, so muß diese überhaupt ein Ende haben. Vgl. auch unten lit. b a. E. u. die Erläuterungen bei §. 15.

29) Wie die Motive erwähnen, hat das Amerikanische Recht die Vorschrift, daß der bankrupt verpflichtet sei, nach Anweisung des Verwalters jedes Schriftstück zu vollziehen, welches nöthig ist, um diesen in den Stand zu setzen, über alle Aktiven zu verfügen. Dies ist nach dem Deutschen Gesetz nicht nöthig.

Geschäftes dienlich erscheint, nicht der Kridar A, sondern der Konkursverwalter B u. s. w. [30]). Die Frage wird nur sein, ob er den eigenen Namen oder den des Gemeinschuldners beizusetzen hat; ich denke: beide, den eigenen mit einem seine Stellung bezeichnenden Beisatz [31]).

4) Ist indessen die vorzunehmende Verwaltungs- oder Verfügungshandlung eine streng persönliche, so kann solche der Verwalter nicht vornehmen, auch wenn dieselbe die Masse betrifft. Wenn daher auch angenommen werden wollte [32]), durch den Anfall einer Erbschaft sei (nach Preußischem Rechte) bereits ein vermögensrechtliches jus succedendi begründet, so würde immerhin noch zu bezweifeln sein, ob die aditio hereditatis, welche offenbar ein

---

30) Bestritten ist die Frage, ob ein vom Kridar vor der Konkurseröffnung zum Accept eingeschicktes Blanket nachträglich durch Beifügung der Trassanten-Unterschrift vervollständigt werden dürfe. Das Berliner Obertribunal hat die Frage verneint (Erk. v. 31. März 1857 [Entsch. Bd. 35 S. 445] und v. 12. Dezember 1865 [Striethorst Bd. 60 S. 292]), weil der Acceptationsvertrag erst durch die dem Accepte beigefügte Unterschrift des Trassanten perfekt werde. Meiner Meinung nach ist aber jedenfalls der Acceptant durch seine eigene Unterschrift, wenn auch noch nicht wechselrechtlich obligirt, so doch in gewisser Hinsicht gebunden und muß sich gefallen lassen, wenn diese Haftung durch nachträgliche Beifügung eines blos formalen Aktes nutzbar gemacht wird. (Ebenso die Motive, S. 34 ff., die Praxis des ROHG. vgl. das Erk. v. 23. April 1875 Bd. 17 S. 210 und die daselbst citirten früheren: Bd. VI S. 51, VII S. 222, IX S. 264, XIII S. 298, XIV S. 54, XV S. 431, Hullmann S. 69 ff., Petersen S. 43, Stieglitz S. 16, v. Wilmowski S. 77.) Dieser Formalakt kann, wie das ROHG. in seinem Erk. v. 18. September 1874 (Bd. XIV S. 60) ausspricht, vom Gemeinschuldner selbst nachträglich bethätigt werden. Ich meine aber, richtiger würde die Sache ebenso behandelt werden, als wenn sich z. B. ein solches Accept unter den Papieren des plötzlich vom Wahnsinn befallenen Kaufmannes vorfindet. Niemand wird zweifeln, daß hier der Kurator das Blanket ausfüllen darf, und der Konkursverwalter muß doch wohl dieselben Befugnisse haben.

31) Vgl. A. D. HGB. Art. 48; etwa:

Für Hrn. A. Bemeyer (in Konkurs)
der Massaverwalter: C. Demeyer
oder auch
Für die F. Gemeyer'sche Masse
der Konkursverwalter: H. Imeyer.

32) Wie das ROHG. in seinem Erk. v. 23. Oktober 1874 (Entsch. Bd. XIV S. 345 ff.) ausgesprochen hat.

rein persönlicher Akt ist, vom Verwalter vorgenommen werden könnte[33]). Ganz unzweifelhaft aber scheint mir zu sein, daß die Befugnisse aus dem Notherbenrechte keinenfalls vom Verwalter ausgeübt werden können. Es ist hiebei an Fälle wie der folgende gedacht[34]). Z. B. Vater Gütig übergeht in seinem Testamente seinen Sohn Simplicius und setzt seinen Enkel Felix zum Universalerben ein mit der Verpflichtung, den Simplicius lebenslänglich standesgemäß zu alimentiren. Er fügt bei, falls der Sohn der testamentarischen Verfügung sich nicht unterwerfen würde, solle er seinen Pflichttheil, in welchen dann diese und jene schon zu Lebzeiten erhaltenen Beträge zu konferiren seien, erhalten. Nach dem Tode des Vaters und ehe Simplicius sich erklärt hat, wird über diesen der Konkurs verhängt. Für die Gläubiger wäre es offenbar vortheilhafter, wenn ihr Schuldner den Pflichttheil erhielte, allein ich glaube nicht, daß der Verwalter an dessen Stelle das Alimentenlegat ablehnen und das Notherbenrecht geltend machen könnte. Schon nach Römischem Rechte[35]) war die querela inofficiosi testamenti so sehr persönlicher Natur, daß sie nicht einmal auf den Erben überging, und wenn auch dies für das Gemeine Recht der Gegenwart nicht mehr angenommen wird[36]), vielmehr selbst ein freiwilliges Cediren der Forderung aus dem Notherbenrechte, soweit solche bereits existent wurde, zuzulassen ist, so wird doch ziemlich allgemein angenommen, daß die Erklärung des Notherben, er erachte sich für verletzt, Voraussetzung ist und wider dessen Willen diese Erklärung nicht surrogirt, also auch der Anspruch auf Entrichtung oder Ergänzung des Pflichttheils nicht im Wege der Exekution einem Gläubiger überwiesen werden kann[37]). Um so mehr in Fällen wie der obige, wo es sich um eine aus inneren Gründen, aus Pietätsrücksichten u. s. w. beeinflußte Entscheidung handelt[38]).

5) Im Hinblicke auf die bereits mehrfach erwähnte Anschauung des

33) Ich stimme v. Sarwey (S. 31) und v. Wilmowski (S. 59) zu, welche dem Verwalter diese Befugniß absprechen. Die Motive zum E. I (S. 46) scheinen aber der entgegengesetzten Meinung zu huldigen.

34) Man kann freilich annehmen, dies folge schon aus dem bereits oben aufgestellten Satze (S. 54), daß das Notherbenrecht nicht zur Konkursmasse gehöre.

35) v. Savigny, System Bd. II S. 129; Puchta, Pandekten §. 490.

36) Für das Preußische Recht so entschieden vom Obertribunal in Berlin durch Erk. v. 16. Dezember 1861 (Striethorst Bd. 43 S. 276).

37) Erk. des Berliner Obertribunals v. 16. April 1866 (Entsch. Bd. 56 S. 251) u. v. 18. Juni 1866 (Striethorst Bd. 63 S. 235).

38) Vgl. die Erk. des Berliner Obertribunals vom 1. Dezember 1862 (Striethorst Bd. 46 S. 335 u. Entsch. Bd. 49 S. 207).

Gesetzes, daß der Gemeinschuldner im Allgemeinen handlungsfähig bleibt und Alles, was nicht zur Masse gehört, frei verwaltet, als wäre er nicht in Konkurs, wird nicht bezweifelt werden können, daß, soferne der Konkursverwalter eine ihm zustehende Verfügung nicht treffen will, insbesondere Etwas, was dem Gemeinschuldner zusteht, nicht zur Masse ziehen mag, der Gemeinschuldner diese Verfügung für seine Person, natürlich ohne Präjudiz für den Gläubiger, vornehmen kann. Gesetzt den Fall, dem in Ansbach (also unter Preußischem Rechte) wohnenden Schuldner ist vor der Konkurseröffnung eine Erbschaft angefallen; die Frage, ob dieselbe vortheilhaft sei oder nicht, ob sie also zu behalten oder derselben zu entsagen ist, steht zuerst beim Konkursverwalter[39]; er kann unter Zustimmung des Gläubigerausschusses (§. 122 Abs. 2 der KO.) derselben an Stelle des Gemeinschuldners unzweifelhaft entsagen, und dann gelangt solche nicht in die Masse. Thut aber der Konkursverwalter dieses, so ist die Erbschaft noch nicht für den Gemeinschuldner verloren; denn da er an sich handlungsfähig ist und nur über die Konkursmasse in keiner Weise verfügen und auf sie Einfluß nehmen kann, so wird die Handlung des Konkursverwalters ihn nicht binden; die Entsagung des letzteren heißt nur so viel, daß die Masse mit der Erbschaft nichts zu thun haben will, — der Gemeinschuldner bleibt Erbe, wenn er nicht selbst entsagt[40].

---

39) Anders nach Gemeinem und Bayerischen Rechte, weil hier die Erbschaft durch den Anfall nicht erworben ist, vgl. S. 82 und 83.

40) Für diese Devolvirung des Verfügungsrechtes an den Gemeinschuldner spricht auch die Bestimmung des §. 8 Abs. II der KO. V. Sarwey S. 31 ist der Ansicht, das Recht des Erben trete nur ein, wenn der Verwalter die Entschlagung in der Weise ausübt, daß er auf „Heranziehung der Erbschaft zur Konkursmasse verzichtet"; wenn er aber die Entsagung ohne Vorbehalt ausgesprochen, binde sie auch den Erben. Stieglitz S. 43 erklärt es als Pflicht des Verwalters, sich auf eine Entsagung für die Masse zu beschränken, läßt es aber unentschieden, was die Folge ist, wenn er es nicht thäte. Unbedingt meiner Ansicht sind dagegen Hullmann S. 71, Petersen S. 44, v. Wilmowski S. 78. Auch wenn man den Verwalter für den Vertreter des Gemeinschuldners ansieht, ist die im Texte gegebene Ansicht nach meiner Meinung die allein richtige. Denn jedenfalls erstreckt sich die Vertretung nicht weiter, als soweit es sich um die „Masse" handelt, die übrige Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners bleibt intakt.

§. 6.

I. Rechtshandlungen des Gemeinschuldners. Nichtigkeit.
II. Folgen der Nichtigkeit für den Gegner.
III. Vermuthung des Zeitpunktes.

Rechtshandlungen [a]), welche der Gemeinschuldner [b]) nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat [c]), sind den Konkursgläubigern gegenüber [d]) nichtige [e]).

Dem anderen Theile [f]) ist die Gegenleistung aus der Masse zurückzugewähren [g]), soweit letztere durch dieselbe bereichert ist [h]).

Hat der Gemeinschuldner Rechtshandlungen am Tage der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen, so wird vermuthet, daß sie nach der Eröffnung vorgenommen worden sind.

I. E. §. 10; II. E. §. 6; Pr. H. E. Art. 750; Pr. K.-O. §§. 5, 6, 43; P. P.-O. Art. 1210.

a. (Rechtshandlungen).

Der Ausdruck „Rechtshandlungen" kommt in der Konkursordnung mehrfach vor, ohne daß eine Definition desselben im Gesetze oder in den Motiven enthalten wäre [1]). Es ist daher Aufgabe der Wissenschaft, den Begriff festzustellen. Zwei Momente ergeben sich sofort aus dem Worte: es muß eine Handlung vorliegen und es muß die Handlung eine rechtliche Bedeutung haben. Prüfen wir beide Momente näher: Der sich ausführende Wille ist Thun, die gewollte That ist Handlung [2]), „Handlungen" sind also die in die Sinnenwelt hervortretenden Erscheinungen menschlichen Willens [3]). Allein nicht jede Handlung des Gemeinschuldners fällt unter die Vorschriften des Gesetzes; von Vorneherein selbstverständlich nicht jene, welche auf das Vermögen keinen Bezug haben. Aber auch nicht alle, welche sich hierauf beziehen. Wenn der Kridar einen in seinem Besitz befindlichen Diamanten aus Bosheit verbrennt, so bleibt der Edelstein vernichtet und die Handlung, obwohl sie den Gläubigern höchst nachtheilig ist, kann vom Gesetze mit keinem Mittel mehr „nichtig" gemacht werden [4]). Die Handlung muß also eine Rechtshandlung sein, das heißt eine Handlung, welche eine juristische Wirkung in ihrer Absicht hatte und darauf als wesentlichen Zweck gerichtet

1) Derselbe Ausdruck findet sich auch in Art. 148 des A. D. HGB.; hat aber hier eine nicht zur Interpretation der KO. verwendbare Bedeutung.

2) Böcking.

3) Seuffert.

4) Vgl. Fitting §. 15 Note 9.

ist. Unter Rechtshandlungen[5]) versteht also das Gesetz Handlungen, welche geeignet erscheinen, Rechtsverhältnisse zu begründen, zu verändern oder aufzuheben[6]). Im Einzelnen gehören demnach hieher alle Rechtsgeschäfte, vor Allem die gegenseitigen Verträge aller Art, aber auch die einseitigen Geschäfte, das heißt jene Rechtshandlungen, bei welchen die Existenz und der Inhalt des Geschäftes wesentlich nur Ausfluß des Willens einer Person ist. Eine Exemplifikation im Einzelnen ist absichtlich vermieden[7]), dieselbe ergibt sich aus dem Begriffe. Aus diesem folgt auch, daß die „Rechtshandlung" positiv, ein Thun, oder negativ, ein Nichtthun, eine Unterlassung sein kann. Ferner daß es einerlei ist, ob die Handlung ein neu eingegangenes Rechtsgeschäft bildet oder nicht; es gehört hieher die Uebernahme einer accessorischen Verbindlichkeit, das Anerkenntniß bereits vor der Konkurseröffnung eingegangener Verbindlichkeiten u. s. w. Als allgemeine Regel darf aufgestellt werden: Alles, was der Anfechtung unterliegt, wenn es vor der Konkurseröffnung vorgenommen wurde, ist nichtig, wenn es nach der Konkurseröffnung vorgenommen wird; aber nicht umgekehrt.

b. (Gemeinschuldner),

Daß Handlungen der obigen Art unter die verbietende Bestimmung des §. 6 fallen, auch wenn sie nicht vom Gemeinschuldner selbst, sondern von einem Stellvertreter oder Bevollmächtigten[8]) desselben vorgenommen werden, ist selbstverständlich[9]); auch die gesetzlichen Vertreter (z. B. in einem Konkurse über den minderjährigen Fabrikbesitzer der Vormund u. s. w.)

---

5) v. Savigny, System III §. 104; Puchta, Pandekten §. 49 definiren in dieser Weise das Rechtsgeschäft, wogegen Brinz I. Auflage §. 312 zu vergleichen.

6) Arndts §. 63; Windscheid §. 60.

7) In der Pr. KO. §. 5 waren als „Rechtshandlungen" aufgeführt: „alle eingegangenen Verbindlichkeiten, alle geleisteten Zahlungen, alle den einzelnen Gläubigern eingeräumten Pfandrechte und Hypothekenrechte, alle vorgenommenen Veräußerungen, Verschreibungen, Befreiungen, Entsagungen".

8) In der Regel ist die Konkurseröffnung in den Civilrechten nicht als Erlöschungsgrund des Mandats erklärt, indessen erlischt die Prokura, wenn das Geschäft, für welches sie ertheilt wurde, zu existiren aufhört (Endemann, Handelsrecht III. Aufl. 1876 S. 124); dies wird mitunter beim Konkurs der Fall sein, tritt aber nicht nothwendig ein. Vgl. auch oben S. 129 und unten bei §. 15.

9) Das Inhaltsverzeichniß der Motive zum II. E. glaubt dies besonders hervorheben zu sollen, indem es den §. 6 überschreibt: „Rechtshandlungen des Gemeinschuldners oder eines Bevollmächtigten desselben".

können den Konkursgläubigern gegenüber rechtsgültige Handlungen nicht vornehmen[10]).

Der so eben erörterte Grundsatz gibt, so klar er im Allgemeinen ist, doch in einzelnen Richtungen zu Schwierigkeiten Anlaß. Vor Allem könnte es zweifelhaft sein, ob der Gegenkontrahent, welchem gegenüber der Gemeinschuldner, so lange er noch vollkommen dispositionsfähig war, einen Dritten bevollmächtigt hatte, und welchem die später eingetretene Konkurseröffnung unbekannt geblieben ist, sich nicht auf seine bona fides berufen kann? Die Art. 2008 und 2009 des Code civil sagen hierüber:

„Si le mandataire ignore la cause qui fait cesser le mandat, ce qu' il a fait dans cette ignorance est solide. Les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi"

und auch das Preußische Landrecht Th. I Tit. 13 §. 200 bestimmt:

„Ein Geschäft, welches mit einem Dritten abgeschlossen worden, ehe derselbe von der eingetretenen Unfähigkeit des Machtgebers Wissenschaft erlangt hat, bleibt giltig, wenn auch der Bevollmächtigte selbst davon bereits unterrichtet gewesen wäre[11])".

Diese allgemeinen Bestimmungen können dem speziellen Konkursrechte gegenüber, wie es in §. 6 nunmehr vorliegt, keine Kraft mehr beanspruchen[12]). Wenn demnach in der Pfalz (unter der Herrschaft des Französischen Rechts) oder im Ansbachischen (wo das Preußische Landrecht gilt) der Posthalter A seinen Hausknecht B bevollmächtigt, zwei Pferde zu kaufen, und dieser hat am 1. Juli mit dem Bauern C den Pferdehandel abgeschlossen, so ist dieser Kauf, wenn A am 30. Juni stirbt, gültig, wenn am 30. Juni der Konkurs über ihn eröffnet wird, ungültig, obwohl in beiden Fällen gleichmäßig das Mandat erlischt. — Nun verfügt aber bekanntlich Art. 46 des A. D. HGB., daß der gutgläubige Dritte aus dem mit einem gewesenen Prokuristen geschlossenen Geschäfte berechtigt wird, wenn das Erlöschen der Prokura im Handelsregister nicht eingetragen war. Diese Bestimmung scheint noch singulärer als die allgemeine des Konkursrechtes; man könnte also annehmen, daß auch jetzt noch der Prokurist eines in

10) Eine Ausnahme bildet natürlich der Konkursverwalter, insoferne er als Vertreter des Gemeinschuldners erscheint.

11) Das Bayerische Landrecht Th. IV Kap. IX §. 11 2do macht für den guten Glauben des Dritten keinen Unterschied, sondern sagt allgemein: was nach Erlöschen des Mandats geschieht, hat keine Kraft mehr. Ueber das Württembergische Recht vgl. Stieglitz S. 47 Note d.

12) Nach dem Grundsatze: lex specialis derogat legi generali.

Konkurs verfallenen Kaufmannes mit einem Dritten gültig Geschäfte abschließen könne, wenn die Prokura im Handelsregister nicht gelöscht war und der Dritte von der Konkurseröffnung keine Kenntniß hatte. Ich glaube jedoch, diese Annahme wäre irrig. Denn die Eröffnung des Konkurses bewirkt an sich nicht das Erlöschen der Prokura, folglich paßt Art. 46 des A. D. HGB. gar nicht auf den in Frage stehenden Fall; der Prokurist kann nicht deshalb für den Gemeinschuldner keine Rechtshandlungen mehr vornehmen, weil er nicht mehr Prokura hat, — er ist und bleibt Prokurist des Gemeinschuldners [13]); allein er kann nicht mehr Rechte ausüben, als dieser selbst. So wenig es darauf ankommt, ob der Dritte von dem Prinzipal, mit dem er ein Geschäft abschloß, wußte, daß er „Gemeinschuldner" sei, ebensowenig kann es von Einfluß sein, ob er wußte oder nicht wußte, daß der Prokurist, mit dem er handelte, der „Prokurist eines Gemeinschuldners" sei. Der Art. 1211 der B. Pr.O. [14]), welcher das entgegengesetzte Prinzip aufgestellt hatte, ist, wie mir scheint, nicht konsequent gewesen [15]) und durch die gegenwärtige Konkursordnung jedenfalls aufgehoben [16]).

---

13) Bis etwa seine Prokura vom Konkursverwalter widerrufen wird.

14) Art. 1211 der B. Pr.-O. lautet: Ist der Gantschuldner Kaufmann, so kann Dritten, welche in der Zeit zwischen der Verkündung des Ganterkenntnisses und dessen Bekanntmachung durch die zur Veröffentlichung der Eintragungen in das Handelsregister bestimmten Blätter, Geschäfte mit dem Prokuristen oder Handelsbevollmächtigten des Gemeinschuldners abgeschlossen haben, die Ganteröffnung nur entgegengesetzt werden, wenn nachgewiesen wird, daß sie davon beim Abschlusse des Geschäftes Kenntniß hatten. Die nach der Bekanntmachung der Ganteröffnung in den bezeichneten Blättern mit Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten des Gemeinschuldners abgeschlossenen Geschäfte sind dagegen unwirksam, soferne nicht durch die Umstände die Annahme begründet wird, daß die Dritten die Ganteröffnung beim Abschlusse des Geschäftes weder gekannt haben, noch haben kennen müssen.

15) Wie die Motive zum II. Entw. S. 37 anführen, haben andere Gesetze, z. B. der Entwurf einer Hessischen Prozeßordnung (Art. 822), und ähnlich die Preußische Gerichtsordnung (Th. I Tit. 50 §. 37) den Satz aufgestellt, daß die Rechtshandlungen besonderer Verwalter von auswärtigen Vermögenstheilen, so lange ihnen die Vermögensbeschlagnahme nicht bekannt gemacht ist, so zu beurtheilen sind, als ob die Handlungen vor Erlaß des Ganterkenntnisses erfolgt seien.

16) Ebenso Petersen, S. 48, v. Sarwey, S. 37, v. Wilmowski, S. 85. Die Motive (z. II. Entw. S. 38) drücken sich nicht ganz deutlich aus, indem sie sagen: „Der Fall muß, wenn nicht noch andere eben so wichtige Fälle zum Gegenstande gesetzlicher Bestimmung gemacht werden sollen, durch die Theorie und Praxis erledigt werden. Eine Entscheidung durch das Gesetz wird um

c. vorgenommen.

Da nach §. 5 der Gemeinschuldner die Befugniß, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen, durch die Konkurseröffnung verliert, müssen alle nach dieser Eröffnung von ihm vorgenommenen Verwaltungshandlungen und Verfügungen über die Masse ungiltig sein. Der §. 6 geht aber einen Schritt weiter; er erklärt alle Rechtshandlungen für nichtig, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vornimmt. Dieser Unterschied, der kein zufälliger, sondern ein beabsichtigter ist [17]), hat eine erhebliche Bedeutung.

Vorerst ist damit gesagt, daß der Gemeinschuldner nicht blos über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, über die Aktivmasse, nicht mehr verfügen kann, sondern daß er auch die Passivmasse nicht mehr zum Nachtheile der Konkursgläubiger verändern darf. Und zwar ebensowohl zum Nachtheile aller, wie eines oder mehrerer Gläubiger. Es sind daher auch solche Handlungen des Kridars, welche die Aktiv-Masse in ihrem Bestande nicht verringern und die Passiv-Masse in ihrem Bestande nicht erhöhen, dennoch nichtig, wenn sie einem Gläubiger in seinem Verhältnisse zu den anderen Gläubigern schaden. So z. B. kann der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens keinem Gläubiger mehr ein Absonderungsrecht, einen höheren Rang einräumen u. s. w. [18]).

---

so weniger zu treffen sein, als die einzelnen bürgerlichen Rechte in der Beurtheilung der Frage, ob die nach dem Erlöschen des Auftragsverhältnisses von dem Beauftragten mit einem Dritten vorgenommenen Rechtshandlungen den Auftraggeber verpflichten, miteinander nicht übereinstimmen, indem die einen überwiegend auf den guten Glauben des Dritten, die anderen auf den des Beauftragten sehen." Hiernach möchte man beinahe glauben, die Motive gingen davon aus, daß die Entscheidung, ob ein Bevollmächtigter des Gemeinschuldners auch nach der Konkurseröffnung noch gültig handeln könne, nach den einzelnen Civilrechten zu geben sei. Allein da beigesetzt wird: „Doch wird in diesem Umstande nicht allein die Entscheidung der oben gestellten Frage zu finden sein", so muß namentlich im Hinblick auf die bereits erwähnte Rubrikenüberschrift die im Text vertretene Ansicht auch als diejenige der Motive erachtet werden.

17) Dr. Goldschmidt hatte bei der Berathung (K. Prt. S. 9) dies beanstandet, er wollte dem §. 6 Abs. I identisch mit §. 5 die Fassung geben: „Verfügungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber nichtig"; der Antrag wurde nach gegebener Aufklärung zurückgezogen.

18) Diese Beispiele führte Regierungsrath Hagens bei der Debatte an, vergl. Kr. Prt. S. 10.

Die wichtigste und einflußreichste Folge der im Gesetze gewählten Ausdrucksweise liegt aber darin, daß auch diejenigen Handlungen des Gemeinschuldners, welche er unbeschränkt durch den Konkurs z. B. über neuen Erwerb vornehmen kann, dennoch den Konkursgläubigern gegenüber nichtig sind. Wenn z. B. dem Gemeinschuldner in München nach der Konkurseröffnung eine Erbschaft angefallen ist, so haben die Gläubiger darauf keinen Anspruch, daß dieselbe zur Masse gezogen werde; sie kann (vgl. oben S. 83) nicht vom Konkursverwalter angetreten werden, der Gemeinschuldner hat darüber allein zu disponiren, er kann also dieselbe ausschlagen. Den Konkursgläubigern gegenüber ist aber diese Rechtshandlung nach dem Wortlaute des Gesetzes nichtig; ihnen kann dieselbe, soweit sie den Konkursanspruch berührt, sei es unmittelbar oder mittelbar, nicht präjudiziren [19]). Welche praktischen Folgen dies hat, läßt sich in abstracto nicht festsetzen, sondern ist je nach der speciellen Kombination der Rechtsverhältnisse zu bemessen.

Indessen darf man in dieser Richtung nicht zu weit gehen. Alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners in abstracto sind, auch den Konkursgläubigern gegenüber, keineswegs nichtig. „Ueberall, wo die Rede davon sein kann, daß die Konkursgläubiger die Rechtshandlungen als nicht geschehen sollen betrachten dürfen, muß eine Einwirkung auf die Masse vorliegen", sagen die Motive [20]). Wenn demnach die Rechtshandlung als solche in gar keiner Beziehung zu dem Konkursanspruche steht [21]), so kann sie deshalb allein, weil sie irgendwie nachträglich den Gläubigern schädlich wird, mit der Nichtigkeit behaftet nicht wohl erachtet werden.

Beispiele werden dies näher erläutern. Die Eingehung der Ehe ist gewiß eine „Rechtshandlung" im eminenten Sinn; allein diese Rechts-

---

19) Beispielshalber werden die Konkursgläubiger bei Bemessung dessen, was zum Unterhalte des Gemeinschuldners (§. 1 Abs. II) und seiner Familie (§. 118) erforderlich sei, sehr wohl eine solche Entsagung als für sie nicht vorhanden behandeln dürfen.

20) Zum E. II S. 37. Auch bei den Debatten u. s. w. (vgl. Note 9) wurde vom Regierungsvertreter (K. Prt. S. 10) das Bedenken Dr. Goldschmidt's, „als ob durch die Fassung des Gesetzes auch solche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche sich nicht auf das zum Konkurse gehörige Vermögen bezögen, den Konkursgläubigern gegenüber nichtig erklärt seien", als unbegründet bezeichnet, da durch die Worte, „den Konkursgläubigern gegenüber die Bezugnahme auf die Konkursmasse deutlich ausgesprochen sei."

21) Allerdings haben, wie v. Wilmowski S. 81 mit Recht bemerkt, weder das Gesetz noch die Motive die Nichtigkeit nur auf solche Rechtshandlungen beschränkt, welche die Masse unmittelbar betreffen; auch mittelbare Einwirkung genügt; aber immerhin muß die Handlung selbst diese Einwirkung äußern und eine solche Rückwirkung nicht blos die Folge der Handlung sein.

handlung steht außer aller Beziehung zur Masse und zum Konkursanspruche. Wenn daher der Gemeinschuldner während der Gant heirathet, ist die Ehe nicht etwa den Konkursgläubigern gegenüber nichtig und sie kann nicht z. B. bei Bemessung der in §. 118 der Familie des Gemeinschuldners zu gewährenden Alimentation als nicht vorhanden angesehen werden [22]).

Oder folgender Fall: nach verschiedenen Rechten [23]) dauert die Nutznießung des Vaters am Vermögen der Kinder so lange, als diese Kinder in der väterlichen Gewalt stehen. Obwohl nun dieser Nutzgenuß, so lange er besteht, in die Konkursmasse fällt, und sein Hinwegfallen diese Masse verringert, bezweifle ich doch nicht, daß der Gemeinschuldner sein Kind auch während der Dauer des Konkurses emancipiren kann und daß dieser Rechtshandlung auch den Konkursgläubigern gegenüber die Folge äußert, daß der Emancipatus nun vollständig in den Besitz und Genuß seines Vermögens tritt.

d. (den Konkursgläubigern gegenüber).

Das Gesetz dehnt die Unzulässigkeit der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners während des Konkurses nicht weiter aus, als der praktische Zweck es erfordert. „Nur den Konkursgläubigern gegenüber besteht die Nichtigkeit, denn nur diese sind es (sagen die Motive), welche in ihrem Rechte auf ungeschmälerte Befriedigung aus der Konkursmasse gegen jede Verfügung des Gemeinschuldners gesichert werden sollen".

A. Von vornherein also sind alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners diesem selbst gegenüber rechtsgültig. Als der berühmte Tartini einmal völlig überschuldet in Konkurs verfiel, ließen ihm gutmüthig die Gläubiger seine Amati-Geige einstweilen in Handen. Ueppig, wie er war, bestellte Tartini für dieselbe bei einem Römischen Kunsttischler einen kostbaren Kasten, den zufällig ein Cardinal sah und dadurch auf den Violinkünstler aufmerksam wurde; bekanntlich bezahlte dieser Mäcen nach Anhörung der „Teufelstriller" alle Schulden des Virtuosen; der Konkurs war aus. Aber als der Verfertiger des Geigenkastens nun diesen sammt seiner Rechnung überreichte, war Tartini geizig geworden, schlug die Arbeit zurück und wollte nicht zahlen. Sicherlich hat sich sein Advokat darauf berufen, daß die Bestellung als eine während des Konkurses von dem Kridar vorgenommene Rechtshandlung ungültig sei und dieser daher zur Erfüllung des Vertrages nicht verbunden erscheine; nach Gemeinem Rechte ist er wahrscheinlich damit durchgedrungen. Nach der Deutschen Konkursordnung aber

---

22) Wie dies bei der in Anmerkung 11 erörterten Rechtshandlung allerdings der Fall ist.

23) Z. B. nach Bayer. LR. Th. I Cap. V §. 5.

würde diese Ausrede Nichts helfen; die Konkursgläubiger allerdings hätten die Bestellung nicht anzuerkennen gehabt, der Schuldner selbst aber kann sich auf den §. 6 nicht berufen [24]). Auch nicht während des Konkurses; soweit nicht auf Grund des §. 11 der KO. der Schuldner exekutionsfrei ist, worüber die Erläuterungen zu diesem Paragraphen zu vergleichen sind, kann der Gemeinschuldner aus seinen Rechtshandlungen jederzeit und unbeschränkt vom Gegenkontrahenten in Anspruch genommen werden [25]).

B. Aber nicht blos dem Gemeinschuldner selbst, sondern auch den bei der Handlung betheiligten Dritten gegenüber ist diese gültig. Gesetzt den Fall, der Gemeinschuldner hat nach begonnenem Konkursverfahren einen lahmen Schimmel um einen recht hohen Preis an den Mann gebracht, so kann der Käufer nicht etwa das Geschäft als unverbindlich erklären, weil der §. 6 die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners während des Konkurses für nichtig erkläre; er muß den bedungenen Preis bezahlen [26]).

Wie die Motive bemerken, hat man eine ausdrückliche Aufnahme der Bestimmung: „daß sich auf die Nichtigkeit weder der Gemeinschuldner noch der betheiligte Dritte solle berufen dürfen" (wie sie z. B. in der Bremer Debitordnung §. 24 und in der Lübecker Konkursordnung §. 22 enthalten ist) für überflüssig erachtet, weil sie nichts als eine Folge des vom Gesetze ausgesprochenen Grundsatzes enthält [27]).

C. Den „Konkursgläubigern" gegenüber sind die Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens vorgenommen hat, unbeschränkt nichtig. Es kann insbesondere nicht darauf ankommen, ob die Masse durch eine solche Handlung benachtheiligt, ob das Rangverhältniß der Gläubiger durch sie verändert wird u. s. w. [28]); auch dadurch könnte (wider den Willen der Gläubiger bez. des Konkursverwalters) die Ungültigkeit nicht ausgeschlossen werden, daß die vorgenommene Handlung als eine für Erhaltung der Masse nothwendige oder nützliche dargestellt wird. „Das Gesetz gestattet dem Gemeinschuldner gar keine Einwirkung auf die Masse und eine jede muß daher nichtig sein; wenn trotzdem durch eine solche Einwirkung ein Vortheil für die Konkursmasse erreicht worden ist, so wird der

---

24) Siehe übrigens unten lit. C.

25) Vgl. Mandry §. 10 lit. a.

26) Abgesehen natürlich von der Frage, ob er nach Landesrecht den Kauf wegen dolus oder Gewährmangels anfechten kann.

27) Ist freilich die Rechtshandlung auf Grund des §. 6 von dem Verwalter oder den Konkursgläubigern als nichtig erklärt und in ihrem Bestande beseitigt, so wird hievon auch der Dritte mitberührt. Vgl. Mandry S. 124.

28) Wie dies z. B. die Bremer Debitordnung §§. 22, 23 vorschreibt.

Verwalter gewiß nicht den Vortheil zurückweisen"[29]). Er wird eben dies praktisch dadurch erreichen, daß er die vorgenommene Handlung nicht beanstandet, sondern sie gelten läßt. Eine Ausnahme für obige Fälle aber ist im Gesetze nicht gemacht und mit Recht, denn sie würde dem Gemeinschuldner alle Arten von Chikanen ermöglichen und der Dritte würde stets behaupten, die Masse sei nicht benachtheiligt, während der beste Richter hierüber der Konkursverwalter selbst bleibt.

Da sich das Gesetz des Ausdruckes „Konkursgläuber" bedient, so muß angenommen werden, daß die verhängte Nichtigkeit der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners auch denjenigen Personen gegenüber, welche Konkursgläubiger sind, nur insoferne und insoweit gilt, als sie diese Eigenschaft haben. Wenn z. B. der Bankier Emeyer sich in Konkurs befindet und seine Ehefrau Luzie hat ein eingebrachtes Vermögen von 100,000 Mark angemeldet, so ist sie Konkursgläubigerin. Hat nun Herr Emeyer in dem zwischen ihm und der Frau Luzie anhängigen Ehescheidungsprozeß sich verpflichtet, die Kinder bis zum zurückgelegten 14. Lebensjahre bei der Mutter zu lassen, so ist dies eine während des Verfahrens vom Gemeinschuldner vorgenommene „Rechtshandlung"; sie ist aber natürlich der Frau Luzie gegenüber, obwohl diese eine Konkursgläubigerin ist, keineswegs nichtig, und zwar deshalb, weil hier ihre Eigenschaft als Konkursgläubigerin gar nicht in Betracht kommt. Ebenso in dem bereits früher[30]) gegebenen Beispiele: gesetzt, der Gemeinschuldner hat während des Konkurses ein Testament gemacht und stirbt vor Beendigung des Verfahrens; daß die in der letztwilligen Verfügung getroffenen Bestimmungen über das Vermögen die Konkursgläubiger insoweit nicht bindet, als sie ihre Befriedigung aus der Masse suchen, ist klar; die Erben müssen warten, ob und was etwa übrig bleibt. Hinsichtlich dieses Restes aber ist allerdings das Testament maßgebend auch für diejenigen Erben, welche Konkursgläubiger waren.

Der Ausdruck „Konkursgläubiger" ist aber ferner mit Rücksicht auf §. 2 der KO. auszulegen; nur so lange das Verfahren dauert, gibt es „persönliche Gläubiger, zu deren Befriedigung die Konkursmasse dienen soll"; und nachdem die Nichtigkeit der vom Gemeinschuldner während des Konkurses vorgenommenen Handlungen „keineswegs in einer verminderten oder gar aufgehobenen Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners, sondern lediglich in der Unfähigkeit desselben, über die Konkursmasse zu verfügen, ihren Grund hat" (Motive), so ist diese Nichtigkeit eben so zeitlich beschränkt wie der Grund, auf dem sie beruht. Der Gemeinschuldner erlangt nach Beendigung des

29) Aus den Motiven.

30) Seite 126.

Konkursverfahrens seine volle Dispositionsfähigkeit wieder zurück, nach diesem Zeitpunkte gibt es auch keine Konkursmasse mehr und folglich auch keine Konkursgläubiger, und darnach scheint die Frage, ob ein früherer Konkursgläubiger nach Beendigung des Verfahrens auf Grund des §. 6 der KO. eine während des Konkurses vom Gemeinschuldner vorgenommene Rechtshandlung als ungültig behandeln könne, zu verneinen[31]). Indessen muß hier unterschieden werden. Wenn es einestheils gewiß ist, daß diejenigen Rechtshandlungen, welche ein Gemeinschuldner nach beendigtem Konkursverfahren vornimmt, von der im §. 6 verhängten Nichtigkeit unbedingt nicht mehr getroffen werden können, so darf doch anderseits nicht übersehen werden, daß die früher vorgenommenen zu der Zeit, wo sie vorgenommen wurden, mit der Nichtigkeit den Konkursgläubigern gegenüber behaftet waren. Daraus folgt nun freilich nicht, daß auch nach Aufhebung des Konkursverfahrens jeder Konkursgläubiger in Betreff aller derartiger Rechtshandlungen die Nichtigkeit mit voller Wirkung geltend machen könne[32]). Allein aus zwei Gründen wird die frühere relative Nichtigkeit auch nach Beendigung des Konkurses Wirkung äußern. Aus einem rechtlichen: so oft eine Rechtshandlung in Frage steht, welche auch nach beendigtem Konkurse den Konkursanspruch der Gläubiger noch berührt, wenn es sich also um die Verfügung über ein zur Konkursmasse gehöriges Objekt handelt, deren Gültigkeit die Befriedigung der Gläubiger nachträglich ändern würde[33]). Aus einem faktischen: wenn in Folge der Befugniß der Konkursgläubiger, die Rechtshandlung als ihnen gegenüber nichtig anzusehen, ein diese Rechtshandlung beseitigender Zustand bereits während des Konkurses hergestellt worden ist[34]). Denn dieser Zustand kann als der den Ge-

---

31) So sagt der Regierungsvertreter Hagens (K. Prt. S. 10): „die Nichtigkeit tritt nur ein in Folge und für die Dauer des Konkurses". Daß dies für solche Objekte nicht gilt, welche erst nach Beendigung der Schlußvertheilung ermittelt werden, daß für die Verfügungen des früheren Gemeinschuldners über diese auch nach Beendigung des Konkursverfahrens der §. 6 maßgebend bleibt (Fitting §. 24 Note 10; v. Sarwey S. 37; Stieglitz S. 52), ist keine eigentliche Ausnahme; denn nach §. 153 der KO. wird für solche Objekte das Verfahren als noch fortdauernd fingirt.

32) Wie dies das Berliner Obertribunal (bezüglich des unserem §. 6 entsprechenden §. 5 der Pr. KO. in einem Erk. v. 17. November 1868 (Striethorst Bd. 73 S. 100) ausgesprochen hat.

33) Man denke z. B. an die Geltendmachung von Eviktionsansprüchen eines Dritten gegen einen früheren Konkursgläubiger, auf Grund einer vom früheren Gemeinschuldner während des Konkurses getroffenen Verfügung über die Sache.

34) Das vom Gemeinschuldner bezahlte Geld ist z. B. zur Masse zurückgeholt worden; die von ihm belastete Sache ist sine onere veräußert, u. s. w.

setzen gemäße ex post von Niemand mehr geändert werden. (Vgl. lit. e am Ende.) Abgesehen von diesen beiden Modalitäten aber bleiben folgende Grundsätze maßgebend: „Die Rechtshandlung des Gemeinschuldners kann unter Umständen selbst den früheren Konkursgläubigern gegenüber nach Aufhebung des Konkursverfahrens und nach Wiedererlangung der Verfügungsfähigkeit verbindliche Kraft erlangen. Inwieweit dies der Fall, inwieweit insbesondere Veräußerungen und Verpfändungen von Sachen der Konkursmasse nach Beendigung des Konkursverfahrens konvalesciren können, ist nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilen"[35]. „Bald wird die Nichtigkeit von selbst als geheilt angesehen werden können, bald die Handlung unter gewissen hinzutretenden Umständen rekonvalesciren, bald auch es bei der Nichtigkeit sein Bewenden haben"[36]. Das Partikularrecht ist hierüber entscheidend. So wird z. B. in einem Gebiete, wo Preußisches Landrecht gilt, die von einem Gemeinschuldner während des Konkurses vorgenommene Verpfändung einer Sache (falls sie ihm nach geendigtem Verfahren bleibt) nach Th. I Tit. 20 §. 18 nur durch ein wiederholtes Anerkenntniß Gültigkeit erlangen, und der frühere Konkursgläubiger, der etwa nicht vollständig befriedigt war, wird auf Grund des §. 19 a. a. O. auch nach beendigtem Konkurse ein besseres Recht auf die Sache geltend machen können[37].

e. (nichtig).

A. Während die in Titel 3 der KO. aufgeführten in die Zeit vor der Konkurseröffnung fallenden Handlungen des Gemeinschuldners als von Seite der Konkursgläubiger anfechtbar erklärt sind, werden die von demselben nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen als den Konkursgläubigern gegenüber nichtig bezeichnet. „Nicht ein besonderer Umstand außerhalb der Rechtshandlung ist es," — sagen die Motive[38] — „welcher diese ungiltig macht, die Rechtshandlung selbst ist vermöge innern Mangels wegen der fehlenden Verfügungsfähigkeit[39] ohne rechtliche Wirkung; daher bedarf es nicht erst einer Thätigkeit, insbesondere nicht eines Rechtsmittels, um die Ungültigkeit der Verfügungen des Gemeinschuldners herbeizuführen".

Ohngeachtet dieser scheinbar allgemeinen Nichtigkeit unterscheidet sich dieselbe wesentlich von jener Ungültigkeit, welche das Gemeine Recht an das

35) Aus den Motiven zum E. I S. 49.

36) Aeußerung des Regierungsraths Hagens bei der Berathung (K. Prt. S. 10).

37) Meisner S. 45 Note 7 macht hiegegen geltend, die obige Stelle spreche nur von persönlicher Fähigkeit des Schuldners, welches Kriterium beim Gemeinschuldner nicht eintrete.

38) Zum I. Entw. S. 48, zum II. Entw. S. 35.

39) Dieser Ausdruck ist nicht ganz korrekt, es sollte heißen „Verfügungsbefugniß".

decretum de aperiundo knüpft. So lange das Rechtssystem dahin ging, daß durch die Konkurseröffnung der Gemeinschuldner seines Vermögens entsetzt und letzteres auf ein anderes Subjekt (Gläubigerschaft) übertragen wurde (vgl. oben S. 35), stellte sich jede vom Kridar vorgenommene Rechtshandlung als Verfügung über „fremdes" Vermögen dar und mußte deshalb null und nichtig sein; eine Veräußerung des dem Gemeinschuldner nicht mehr Gehörigen mußte unbedingt und unbeschränkt rechtsunwirksam bleiben und der Erwerber, einerlei, ob er von dem Verbote etwas wußte oder nicht, konnte eben nicht erwerben[40]). Nach dem gegenwärtigen Systeme aber lassen sich diese Sätze natürlich nicht mehr aufrecht halten. Dem Gemeinschuldner bleibt auch während des Konkurses das Vermögen, er selbst bleibt auch handlungsfähig und sogar handlungsfähig in Bezug auf dieses Vermögen, nur kann er nicht dem Konkursanspruche der Gläubiger entgegenhandeln; es fehlt ihm also nicht die Dispositionsfähigkeit, sondern nur die Befugniß, zu verfügen.

Sonach kann von einer absoluten Nichtigkeit der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nicht mehr gesprochen werden, sondern lediglich von einer relativen, das heißt von einer Nichtigkeit in gewisser Richtung, im Verhältniß zu gewissen Personen, nämlich in der Richtung auf den Konkursanspruch und im Verhältniß zu den Konkursgläubigern.

Insoferne nun dem Begriffe nach eine Rechtshandlung, welche nur nach der einen Seite hin rechtsunwirksam ist, nach den anderen Seiten hin aber rechtswirksam bleibt, offenbar vorhanden sein muß und nicht „nichtvorhanden" sein kann, erscheint es fraglich, ob der Ausdruck „nichtig" hier der richtige ist[41]). Das Gesetz hat denselben aber, wie aus der bereits citirten Stelle der Motive ersichtlich ist, deshalb gewählt, um anzuzeigen, daß hier nicht die bloße Möglichkeit, die Wirksamkeit einer Rechtshandlung aufzuheben, in Frage steht, sondern daß diese bereits von Anfang an und ipso jure unwirksam ist, aber nicht nach jeder Richtung hin, sondern nur zu Gunsten einer bestimmten Klasse von Personen, der Konkursgläubiger. Sobald aber diese in Frage kommen, zeigt sich die volle Unwirksamkeit der Handlung, es zeigt sich, daß der angebliche Rechtsakt (wie dies der Begriff

40) Vgl. v. Bayer a. a. O. §. 24 S. 69 Note 6; Schweppe §. 31 S. 62; Fuchs a. a. O. §. 9 S. 50.

41) In dieser Richtung bewegen sich die scharfsinnigen Erörterungen Schultze's in seiner mehrfach citirten Schrift S. 24 ff. und es läßt sich nicht verkennen, daß es korrekter gewesen wäre, entweder eine absolute Nichtigkeit der Rechtshandlungen eines Kridars auszusprechen oder aber den Gläubigern nur ein Anfechtungsrecht zu gewähren. Sed lex ita scripta!

der Nichtigkeit mit sich bringt) nur scheinbar vorhanden ist. So wirkt in Beziehung auf den Gegenkontrahenten des Gemeinschuldners die Nichtigkeit auch nach dem vorliegenden Gesetze unbeschränkt, allein nur gegenüber dem Konkursanspruche. Hatte z. B. der Gemeinschuldner aus dem zur Masse gehörigen Vermögen eine Sache veräußert oder eine Zahlung geleistet, so muß der Empfänger — mag er in gutem Glauben gewesen sein oder nicht, und mag er zum Empfange der gezahlten Summe an sich berechtigt gewesen sein oder nicht — die Sache oder die Zahlung herausgeben, zwar nicht dem Gemeinschuldner (denn diesem gegenüber besteht das Geschäft zu Recht), wohl aber der Konkursmasse (dem Verwalter); es muß also auch der einzelne Konkursgläubiger, wenn er vom Gemeinschuldner eine Zahlung erhalten oder von ihm etwas aus der Masse empfangen hat, diese Nichtigkeit gegen sich gelten lassen.

Ein Konkursgläubiger wird sich in solchem Falle nie auf seinen guten Glauben berufen können[42]); dagegen wird bei den unbetheiligten Gegenkontrahenten die Pflicht zur Zurückgabe in ihrem Umfange und die Pflicht des Ersatzes, wenn die veräußerte Sache selbst nicht mehr vorhanden ist, allerdings wesentlich von dem bösen oder guten Glauben abhängen. Es sind hierüber die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechtes maßgebend, in der Regel (nach Gemeinem[43]), Bayerischem[44]) und auch Preußischem[45]) Rechte) ist der gutgläubige Erwerber, im Falle die Sache nicht mehr vorhanden ist, gar nicht und, wenn er sie weiter veräußerte, nur soweit er bereichert ist haftbar.

Wenn nun aber nicht mehr der Gegenkontrahent, sondern ein Dritter in Frage ist, so wird unterschieden werden müssen, ob es sich um Zurückforderung einer Sache bez. um Anfechtung dinglicher Rechte handelt, oder um sonstige Benachtheiligung der Masse. Im letzteren Falle wird es auf den guten oder bösen Glauben des Dritten nicht ankommen können. Wenn der Gemeinschuldner A nach eröffnetem Konkurse dem B eine Anweisung von 1000 Mark auf seinen Bankier C gegeben hat, und der B hat solche an den D verkauft, so wird diese Anweisung nichtig und unbezahlt bleiben, auch wenn D in gutem Glauben war und von der Konkurseröffnung keine Kenntniß hatte. Und wenn der Kridar eine ihm gegen den F zustehende Forderung an den G cedirte und dieser solche weiter an H übertrug, so ist die Cession ungiltig ohne Rücksicht auf bona oder mala fides des H.

42) Denn ein solcher Gläubiger mußte jedenfalls wissen, daß der Gemeinschuldner in Konkurs sei.

43) Seuffert, Pand. §. 142; Vangerow, Leitfaden §. 332 Note 3.

44) Bayer. LR. Thl. I Cap. 2 §. 10 u. 11.

45) Pr. LR. Thl. I Cap. 15 §. 15.

Wenn es sich aber um Sachen oder dingliche Rechte handelt, so verhält es sich anders. Die Pr. KO. hatte in §. 5 Abs. den allgemeinen Satz aufgestellt: „Dem dritten redlichen Besitzer bleiben die aus dem redlichen Besitze entspringenden Rechte vorbehalten"; allein die Konkursordnung hat diese Bestimmung nicht adoptirt, vielmehr soll es (nach den Motiven) auf das einschlägige bürgerliche Recht ankommen. Befreit dasselbe nach dem Grundsatze „Hand muß Hand wahren" den dritten redlichen Besitzer überhaupt von der Herausgabe, so hat es dabei sein Bewenden. Hat z. B. der Kaufmann A, über welchen am 1. Juli der Konkurs eröffnet wurde, am 2. Juli ohne Wissen des Konkursverwalters eine Anzahl Waaren an den Trödler B verkauft und dieser hat sie weiterveräußert, so können die Erwerber in Folge des Art. 306 des A. D. HGB. nicht zur Herausgabe angehalten werden[46]).

Handelt es sich um Immobilien und dingliche Rechte an solchen, so kommen die Grundsätze über die Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher in Betracht. Wo hierdurch der gutgläubige Dritte in seinem Rechte geschützt wird, ist die Nichtigkeit nicht geltend zu machen. Hätte der Gemeinschuldner A seine Hypothekforderung auf dem Hause des B nach der Konkurseröffnung[47]) löschen lassen und B hätte sein Haus hierauf an C verkauft und auf diesen umschreiben lassen, so kann der Konkursverwalter dem C gegenüber aus der Nichtigkeit der Löschung keine Ansprüche auf das Hypothekenobjekt ableiten.

B. Der in §. 29 der KO. für die Anfechtung ausgesprochene Satz, daß der Konkursverwalter auch die Nichtigkeit geltend zu machen habe, welcher Satz sich in der Pr. KO. vorfindet[48]), ist in dem gegenwärtigen Gesetze nicht mehr enthalten. Die Motive erklären denselben als selbstverständlich[49]) und sagen unbedingt[50]): „Die Nichtigkeit wird stets durch den Konkursverwalter geltend gemacht, denn er vertritt die alle Mal durch die nichtige Handlung betroffene Masse"[51]). Insoferne nun letzteres der Fall ist, wird allerdings,

46) Denn solche Sachen gelten nicht als „gestohlen", sondern (§. 209 der KO.) als „bei Seite geschafft".

47) Was allerdings schwerlich faktisch vom Hypothekenbeamten geschehen wird.

48) Ebenso in den Bremer und Lübecker Gesetzen.

49) Vgl. Motive zum I. Entw. S. 51.

50) Vgl. Motive zum I. Entw. S. 51.

51) Während Fitting §. 24 Note 7 sich vollständig den Motiven anschließt, sagt Schultze (S. 69): „sofern der Verwalter dieses Recht nicht ausübt, kann es von jedem Gläubiger klag- oder einredeweise geltend gemacht werden. Auch kann hier jeder Gläubiger dem Verwalter als Intervenient gemäß §. 66 der Civ.-Pr.-O. beitreten". Mit der im Texte vertretenen Ansicht stimmen überein: v. Sarwey S. 39, Stieglitz S. 50, v. Wilmowski S. 84.

nachdem in §. 5 Abs. II der KO. ausgesprochen ist, daß alle Verwaltungsrechte von dem Konkursverwalter ausgeübt werden, nicht zu bezweifeln sein, daß ihm auch dieser hauptsächlichste Verwaltungsakt, die Erhaltung der Integrität der Masse, obliegt. Jene Geltendmachung steht aber nur ihm zu[52]), weder die Gläubiger insgesammt, noch ein einzelner Gläubiger ist dazu befugt[53]). Dies kann jedoch nur richtig sein, insoweit es sich um Zurückforderung von Massegegenständen oder um klageweise Beseitigung eines den Konkursanspruch als solchen beeinträchtigenden Zustandes handelt. Dagegen kann meines Erachtens keinem Gläubiger versagt sein, sich einredeweise gegen einen auf Grund eines ihm gegenüber nichtigen Rechtsaktes ihm drohenden Nachtheil zu schützen. Und selbst klagend kann der Einzelne vorgehen, wenn es sich um einen Rechtsakt handelt, welcher nicht die Gesammtheit der Gläubiger verletzt, sondern nur einen oder einige Gläubiger in ihrem Verhältnisse zu den anderen benachtheiligt, z. B. wenn dadurch die eine Forderung gegen eine andere im Range zurückgesetzt[54]) wird u. dgl. In diesem Falle hat der Verwalter keinen Anlaß zum Einschreiten, sondern es muß dem einzelnen Gläubiger, der verletzt ist, überlassen bleiben, die Nichtigkeit geltend zu machen.

Daß weder der Gemeinschuldner selbst noch ein Dritter die Nichtigkeit geltend machen kann, folgt aus der Thatsache, daß diesen Personen gegenüber überhaupt eine Nichtigkeit nicht besteht, wie in der Erläuterung d bereits erörtert wurde. Dagegen ist es eine nothwendige Rechtsfolge der Nichtigkeit, daß, wenn dieselbe vom Konkursverwalter geltend gemacht ist und daraufhin das Geschäft rescindirt wird, damit auch dasselbe Dritten gegenüber nicht mehr besteht. Wenn z. B. der Gemeinschuldner A während des Konkurses einen von dem B acceptirten Wechsel (per nefas) an den C und dieser an D girirt hat, so kann B der Wechselklage des D die Einrede, das Indossament sei nichtig, nicht entgegen halten; wenn aber der Konkurs-

52) Ist einem Gläubiger an Zahlungsstatt eine Sache aus der Masse zugewiesen, über welche der Gemeinschuldner verfügt hatte, so macht allerdings er die Nichtigkeit geltend (v. Sarwey S. (31) 38), aber nicht mehr für die Masse, sondern aus eigenem Rechte als nunmehriger Eigenthümer.

53) Dies tritt z. B. ein, wenn einer Forderung nachträglich ein Vorzugsrecht eingeräumt wird.

54) Ein Erkenntniß des Berliner Obertribunals vom 3. Januar 1881 sagt in dieser Hinsicht: „Der Konkursverwalter vertritt die gesammte Gläubigerschaft, er kann daher Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nicht im Interesse eines einzelnen Gläubigers, sondern nur im Interesse der Gesammtheit anfechten". Obwohl der Verwalter nunmehr eine andere Stellung hat, ist der Ausspruch doch noch richtig.

verwalter die Nichtigkeit geltend gemacht und den Wechsel von D klagend eingefordert hat, so fällt damit auch das Indossament des C auf D zusammen.

f. (Dem anderen Theile).

Ob derjenige, welcher mit dem Gemeinschuldner in ein nichtiges Geschäft sich eingelassen hat, in gutem Glauben war oder nicht, hat auf dessen Ersatzanspruch gegen die Masse keinen Einfluß; auch ist es einerlei, ob die Nichtigkeit dem Gegenkontrahenten oder einem Dritten gegenüber geltend gemacht ist.

g. (zurückzugewähren).

Was der Gegenkontrahent des Schuldners in Folge eines nichtigen Geschäftes in die Masse geleistet hat, befindet sich, sobald dieses Geschäft aufgehoben wird, ohne Rechtsgrund in derselben; es muß also dem Berechtigten zurückgegeben werden. Das Gesetz bedient sich des allgemeinen Ausdruckes „zurückgewähren", weil es sich bald um Zurückgabe einer bestimmten Sache, um Herausbezahlung von Geld oder auch etwa um Wiederaufhebung eines der Masse erworbenen Rechtes handeln kann.

Wie ist es nun aber zu halten, wenn die Leistung nicht von dem Gegenkontrahenten, sondern vom dritten Erwerber zurückgeholt wurde; wer ist befugt, die Gegenleistung zu fordern? Z. B. der Gemeinschuldner A hat am Tage nach der Konkurseröffnung eine noch drei Monate laufende Anweisung auf 1000 Mark mit 20% Disconto an den B verkauft und dieser solche an C weiter begeben. Bei der Präsentirung wird in Folge Avis Seitens des Konkursverwalters, welcher rechtzeitig von der Sache Kenntniß erhielt und auch bei A die von B bezahlte Summe noch saisirte, die Anweisung nicht bezahlt, sondern zurückgehalten. Wer kann die 800 Mark von der Masse begehren: der B oder der C? Nach Gemeinem Rechte muß sich unzweifelhaft der C an den B, seinen Vormann, halten; es steht ihm ein Evictionsanspruch zu; die Masse hat nur mit B zu thun. Allein da sich die Konkursordnung nicht des Wortes „Gegenkontrahent" bedient, sondern den ganz allgemeinen Ausdruck „der andere Theil" gebraucht, so bin ich der Meinung, daß allerdings nach dem neuen Gesetze das in der Masse Befindliche demjenigen zurückzugewähren ist, welchem gegenüber die Nichtigkeit geltend gemacht wird; denn vom Standpunkte der Masse aus ist dieser der „andere Theil"[55]).

h. (bereichert ist).

Die Masse kann durch ein nichtiges Geschäft, welches von dem Konkursverwalter auf Grund der Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners

---

55) v. Wilmowski S. 86 Nr. 4 bestreitet dieses und will über diesen Fall lediglich das bürgerliche Recht entscheiden lassen.

wieder aufgehoben werden darf, nicht verringert, sie soll aber natürlich durch ein solches auch nicht vermehrt werden. Soweit also dieselbe durch die Gegenleistung des anderen Geschäftsbetheiligten bereichert ist, muß sie dem letzteren Ersatz gewähren. Der §. 7 Abs. I bedient sich im analogen Falle des Ausdruckes: „soweit das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist". Etwas Anderes wollte das Gesetz auch mit den Worten „soweit dieselbe durch die Gegenleistung bereichert ist" nicht sagen; die Motive (zum II. Entw. S. 38) erklären nämlich diese Stelle mit der Umschreibung: „der andere Theil ist berechtigt, aus der Masse dasjenige, aber auch nur dasjenige zu fordern, was durch das nichtige Geschäft in dieselbe gekommen ist". Man könnte einen Unterschied zwar finden wollen in Bezug auf Zuwachs und Verringerung; man könnte sagen: durch Zuwachs ist die Masse zwar bereichert, aber als Gegenleistung ist nur die Hauptsache in die Masse gekommen; und umgekehrt: in die Masse gekommen ist ursprünglich die vollständige Sache, bereichert aber erscheint sie nur um die Sache, wie sie jetzt nach der Verringerung sich darstellt. Daraus könnte man also folgern: im Falle des §. 6 Abs. II ist der Zuwachs zurückzugeben und für die eingetretene Verringerung kein Ersatz zu leisten; im Falle des §. 7 Abs. I aber ist der Zuwachs nicht zurückzugeben und für die eingetretene Verringerung Ersatz zu leisten. Allein ich kann diese Auslegung nicht billigen. Betreffend den Zuwachs schlägt der Grundsatz vor: accessorium sequitur principale, und was die Verringerung angeht, so kommt es darauf an, ob dieselbe zufällig oder durch Verschulden des Konkursverwalters eingetreten ist, und dann, ob der Gegner im guten oder bösen Glauben sich befunden hat. Danach findet dann gleichmäßig in beiden Fällen die Entscheidung nach den Regeln über Rückgewähr des aus einem nichtigen Rechtsgeschäft Empfangenen statt.

Daß übrigens der Gegenkontrahent wegen desjenigen, was er aus der Masse nicht zurückerhält, den Anspruch[56]) an den Gemeinschuldner behält, ist selbstverständlich[57]).

i. (vorgenommen worden sind).

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung vorgenommen hat, sind (wenn nicht andere Gründe vorliegen) von der im §. 6 angedrohten Nichtigkeit nicht betroffen, wenn sie auch unter Umständen (vgl. die Bestimmungen im dritten Titel) anfechtbar sein können. Ob nun

---

56) Dieser Anspruch wird gleichfalls verschieden sein, je nachdem er in gutem oder bösem Glauben war.

57) Ebenso selbstverständlich ist, daß dieser Anspruch kein Konkursanspruch ist, da er aus der Zeit nach der Konkurseröffnung stammt.

der Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses vor oder nach der Konkurseröffnung fällt, wird sich leicht ermitteln lassen, wenn der Tag des Abschlusses und der Tag der Konkurseröffnung auseinanderfallen, schwer aber, wenn beide zusammenfallen. „Die Erfahrung lehrt", sagen die Motive (zum I. Entw. S. 52), „daß gerade in der letzten Zeit vor Eröffnung des Verfahrens häufig Rechtshandlungen zum Nachtheile der Konkursgläubiger vorgenommen werden; den Gläubigern wird daher ein praktischer Vortheil von der Bestimmung des §. 6 nur dann gesichert werden können, wenn das Gesetz die Vermuthung aufstellt, daß Alles, was der Gemeinschuldner am Tage der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, nach der Eröffnung geschehen ist".

Das Gesetz sagt: „es wird vermuthet", nicht: „es wird angenommen"; sonach ist dem Gegentheile der Gegenbeweis freigestellt, es liegt nur eine einfache Präsumtion, keine sogenannte praesumtio juris et de jure vor[58]). Dieser Gegenbeweis muß aber, da es sich um ganz bestimmte Zeitabschnitte nach Stunden handelt, strikte erbracht und er darf nicht blos „aus den Umständen" gefolgert werden. Der versuchte Gegenbeweis kann dagegen von Seite der Konkursgläubiger bez. des Verwalters durch „Umstände" entkräftet werden. Z. B. Ueber den Weinhändler A in München wird um 7 Uhr Morgens den 1. Juli der Konkurs eröffnet; der Privatier B hat an diesem Tage den noch in Zollverschluß liegenden Wein von ihm gekauft und tradirt erhalten und will beweisen, daß dies vor der Konkurseröffnung geschehen sei. Es genügt nun nicht, wenn er Umstände darthut, aus denen hervorgehen soll, daß das Geschäft schon in aller Frühe vorgenommen worden sei; er muß vielmehr genauen Beweis erbringen, daß Kauf und Uebergabe vor 7 Uhr und zwar zu welcher Stunde stattgefunden habe; ihm dagegen kann sehr wohl der Umstand entgegengehalten werden, daß das Zollgebäude in München viel zu weit von der Stadt entfernt liegt, um schon vor 7 Uhr dahin zu kommen, und daß die Bureaux erst um 8 Uhr aufgemacht werden u. s. w.

---

58) Man könnte dies deshalb bezweifeln, weil der analoge §. 6 der Pr. KO. die Worte „bis zum Beweise des Gegentheils" enthielt und diese weggelassen wurden; allein es ergibt sich aus den Motiven (S. 39 z. II. E.), daß trotz der geänderten Fassung keine materielle Aenderung beabsichtigt war.

§. 7.

I. Leistungen an den Gemeinschuldner.
II. Vermuthung für den Leistenden.
III. Vermuthung gegen den Leistenden.

Eine Leistung[a]), welche auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit[b]) nach der Eröffnung des Verfahrens an den Gemeinschuldner[c]) erfolgt ist, befreit den Erfüllenden den Konkursgläubigern gegenüber[d]) nur insoweit[e]), als das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist[f]).

War die Leistung[g]) vor der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung erfolgt, so ist der Erfüllende befreit[h]), wenn nicht bewiesen wird, daß ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens bekannt war.

War die Leistung nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt, so wird der Erfüllende befreit, wenn er beweist, daß ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war.

I. Entw. §. 11 Abs. 1; II. Entw. §. 7 Abs. 1; Pr. H.=E. Art. 707 Abs. 1; P. K.=O. §. 7 Abs. 1; B. P.=O.

I. E. §. 11 Abs. 2; II. E. §. 7 Abs. 2; Pr. H. E. Art. 707 Abs. 2; Pr. K.=O. §. 7 Abs. 2; B. P.=O. Art. 1212 Abs. 1.

I. E.; II. E. §. 7 Abs. 3; Pr. H.=E. — Pr. K.=O. — B. P.=O. Art. 1212 Abs. 2.

a. (eine Leistung).

Es ist einerlei, welcher Art die Leistung gewesen ist, die an den Gemeinschuldner erfolgte; nicht blos Geldzahlungen fallen daher unter die in §. 7 gegebenen Vorschriften, sondern auch alle übrigen Arten der Erfüllung einer Obligation. War also z. B. der Posthalter A verurtheilt, ein an den Lieutenant B verkauftes dämpfiges Pferd wieder zurückzunehmen, der letztere hat ihm das Thier zuführen lassen, nachdem über A der Konkurs bereits eröffnet war, und dieser hat das Pferd weiter verkauft und das Geld verbraucht, — so ist Lieutenant B (vorbehaltlich der Bestimmungen der Abs. 2 u. 3) nicht in der Lage, den Konkursgläubigern gegenüber den Kaufpreis zurückzufordern; er muß angesehen werden, als habe er die ihm obliegende Rückgewährung nicht erfüllt. Daß eine Tilgung der Obligation, welche nur ex liberalitate creditoris eintritt[1]), den Schuldner nicht befreien

1) Z. B. ein Erlaß. Eine Quittung des Gemeinschuldners, welche die Tilgungsart nicht ersehen läßt, wird dem Erfüllenden deshalb nur wenig nützen.

kann, geht schon aus den Schlußworten des ersten Absatzes hervor, weil dadurch nie etwas in die Masse kommt.

b. (eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit).

Es ist natürlich nicht nothwendig, daß die zu erfüllende Verbindlichkeit geradezu auf eine in die Masse zu bringende Sache gerichtet sei (wie aus dem gebrauchten Worte „zur" gefolgert werden könnte). Die Verbindlichkeit muß nur in ihrer Richtung als „Aktivforderung" zur Masse gehören. Allein es kann sich in Konsequenz des bereits mehrfach erörterten Begriffes bei Anwendung des in §. 7 aufgestellten Grundsatzes nur um dasjenige Vermögen handeln, welches von dem Konkurse ergriffen wird. Demnach wird der Pächter der zur Freiherrlich von Adorf'schen Familienstiftung gehörigen Brauerei allerdings befreit, wenn er dem mit Verwaltung der Stiftung betrauten Baron Carl von Adorf, obwohl derselbe für seine Person in Konkurs sich befindet, den Pachtschilling bezahlt. Derartige Beispiele sind selbstverständlich; schwieriger wird die Entscheidung, wenn es sich um Aussonderungs- und Absonderungs-Fälle handelt. Die Objekte dieser Ansprüche gehören nämlich, wie bereits mehrfach erörtert, an und für sich und ursprünglich allerdings zur Konkursmasse. Insoferne also etwa ein solches Objekt zugleich eine Aktivberechtigung in sich schließt[2]), so geschieht die auf dieselbe vom Verpflichteten gemachte Leistung strenge genommen „zur Konkursmasse"; nachdem aber das Aussonderungs- und Absonderungsrecht die Masse sofort des Objektes wieder beraubt, hat sie eigentlich kein Interesse daran, an wen erfüllt ist. Obwohl nun dem Wortlaute des §. 7 nach die Entscheidung zweifelhaft ist, möchte ich mich doch der Ansicht anschließen, daß Leistungen, welche auf Aussonderungs- und Absonderungs-Ansprüche zu erfolgen haben, als „zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeiten" erscheinen, und daß, wenn eine solche Leistung nach der Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner erfolgt, auch den Aussonderungs- und Absonderungs-Berechtigten gegenüber die Bestimmungen des §. 7 Platz greifen.

---

2) Beispiel: Die Ehefrau macht auf einen Kassaschein der Handelsbank nach §. 37 der KO. einen Aussonderungs-Anspruch geltend; die Handelsbank hat nach Konkurseröffnung den Kassaschein nebst verfallenen Zinsen auf Anfordern an den Kridar gezahlt. Hier kann man sagen, den Konkursgläubigern präjudizirt dies nicht, denn sie hätten den Kassaschein doch nicht in die Vertheilungsmasse bringen können, sondern derselbe wäre ausgesondert worden, die Ehefrau als Aussonderungsberechtigte aber ist ja keine „Konkursgläubigerin". Wo es sich um Vindikanten handelt, ist die Zahlung an den Gemeinschuldner freilich ohnehin Zahlung an den „Nichteigenthümer", und daher von diesem Gesichtspunkte aus zu beanstanden; allein §. 35 der KO. umfaßt ja auch persönliche Ansprüche.

c. (Gemeinschuldner).

Dem Gemeinschuldner kann, da er nach §. 5 Abs. 1 die Verwaltung und Verfügung über die Masse verloren hat, wie erörtert, nicht erfüllt werden[3]); und nachdem das Verwaltungs- und Verfügungsrecht nach §. 5 Abs. 2 auf den Konkursverwalter übergegangen ist, so kann an diesen erfüllt werden. Wie verhält es sich nun mit den Konkursgläubigern? Zweierlei ist klar; wenn der Gläubiger die ihm gemachte Erfüllung der Masse überantwortet, so ist der Erfüllende von der Verbindlichkeit befreit, und wenn der Gläubiger die in seine Hände gekommene Leistung nicht weiter in die Masse abliefert, so kann der Schuldner des Gemeinschuldners nicht an und für sich als befreit erachtet werden, weil es (schon aus allgemeinen Grundsätzen und dann im Hinblicke auf die in §. 10 u. 12 der KO. enthaltenen Sätze) nicht angeht, daß ein Konkursgläubiger mit Benachtheiligung der anderen sich einen Vorzug verschaffe. Es erübrigt also nur die Frage, ob eine an einen Konkursgläubiger gemachte Leistung dem Erfüllenden nicht wenigstens so weit zu Gute zu rechnen ist, als der erstere aus der Masse berechtigt erscheint? Z. B. A ist in Konkurs mit 100,000 Mark Schulden und 50,000 Mark Aktiven, B hat 1000 Mark Wechselforderungen; zu den Aktiven gehört ein Guthaben des A für an C um 1000 Mark verkaufte Waaren; C zahlt die 1000 Mark an B, der damit abreist und sich nicht mehr treffen läßt. Kann nun C nicht wenigstens sich 500 Mark als bezahlt anrechnen, weil ja B doch seinerzeit aus der Masse circa 50% erhalten hätte? In dem Worte: „circa“ liegt schon der Grund, weshalb dies nicht thunlich erscheint; man kann vor Beendigung des Konkurses nie wissen, wie hoch die Quote sein wird, welche auf die Forderung des Einzelnen trifft, mit solch' ungewissen Summen läßt sich aber nicht kompensiren. Dem C bleibt also Nichts übrig, als die Masse voll zu befriedigen und im Wege der Sicherheitssperre auf den zukünftigen Antheil des B aus der Masse Beschlag zu legen.

d. (den Konkursgläubigern gegenüber).

Der Schuldner wird durch die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen weder rechtlos noch handlungsunfähig, er verliert nur Verwaltung und Verfügung über diejenigen Vermögensbestandtheile, welche zur Masse gehören. Es ist deshalb noch zulässig, mit ihm in rechtlichen Verkehr zu treten und dieser hat ihm gegenüber alle in den Gesetzen begründeten Folgen[4]).

---

3) Ebensowenig natürlich seinem Bevollmächtigten, Fitting §. 21 Note 16, Stieglitz S. 55.

4) Es war deshalb unrichtig und viel zu weit gehend, wenn die Pr. KO. §. 7 Abs. 1, welcher der Pr. H.-E. folgte, aussprach: „Zahlungen und Aus-

Wenn also Jemand, der dem Gemeinschuldner verpflichtet ist, an ihn ohngeachtet des Konkurses seine Verbindlichkeit erfüllt, so ist er ihm gegenüber befreit. Gesetzt, A schuldet dem B 1000 Mark aus einem Kaufgeschäft, B geräth in Konkurs, A bezahlt seine Schuld, so ist er dem B gegenüber unzweifelhaft Nichts mehr schuldig, mag die bezahlte Geldsumme in den Händen des B geblieben oder ihm zur Masse abgenommen worden sein, jedenfalls kann derselbe nicht etwa nach beendigtem Konkurse den A mit Berufung auf §. 7, weil die Zahlung als nach eröffnetem Konkurse erfolgt ungültig (als „nicht geschehen" zu erachten) sei, auf nochmalige Zahlung verklagen. Wenn nun aber A, welchen seine Zahlung den Konkursgläubigern gegenüber nicht befreit hat, von diesen bez. dem Konkursverwalter zur nochmaligen Zahlung verhalten worden ist, wie stellt sich sein Recht gegenüber dem Gemeinschuldner? Es ist hier zu unterscheiden für die Zeit während des Konkurses und für die Zeit nach dem Konkurse; es ist ferner zu unterscheiden der Fall, daß die Leistung noch in den Händen des Gemeinschuldners ist, und der entgegengesetzte. Nach dem Konkurse steht in beiden letzteren Fällen demjenigen, welcher doppelt erfüllt hat, das Rückforderungsrecht oder ein Entschädigungsanspruch gegen den früheren Gemeinschuldner zu. Während des Konkurses aber wird zwar dem Doppelzahler nicht versagt werden können, zu verlangen, daß dasjenige zurückgegeben und nöthigenfalls sofort im Wege der Sicherstellung beschlagnahmt werde, was der Gemeinschuldner noch von der Leistung in Händen hat[5]); allein wenn die Leistung selbst nicht mehr vorhanden ist, so muß

---

händigungen, welche nach der Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner erfolgt sind, werden als nicht geschehen angesehen".

5) Der §. 11 der KO. steht einem solchen Verlangen nicht entgegen, denn dieser spricht nur von der Exekutionsfreiheit des Gemeinschuldners gegenüber von Konkursgläubigern, und zu diesen gehört ja der Doppelzahler nicht. Fraglich erscheint nur, in welcher Richtung er dieses Verlangen zu stellen und welchen Rechtsgrund er seiner Forderung zu unterstellen hat. Das Römische Recht bietet uns für diese Frage ein passendes Analogon und führe ich diese Analogie etwas weiter aus als ein Beispiel, wie zur Erläuterung der neuen Gesetze die in der Einleitung (S. 27) angedeutete Benützung der Begriffe des Römischen Rechts immer noch unentbehrlich ist. Der Gemeinschuldner der Deutschen Konkursordnung gleicht vollständig dem Pupillen des Römischen Rechtes, welchem sine tutoris auctoritate gezahlt wird; denn auch der Pupille ist Gläubiger und wird daher Eigenthümer der an ihn in Erfüllung einer obligatio gegebenen nummi; aber auch er ist für sich allein nicht dispositionsfähig und der zahlende Schuldner wird daher nicht liberirt; sehen wir daher zu, wie sich im Gemeinen Rechte die Sache stellt. Vor Allem ist zu unterscheiden, ob der Erfüllende wissend oder unwissend an den Disposi-

wohl das bessere Glück des Gemeinschuldners nach dem Konkurse abgewartet werden; denn da die Entschädigungsforderung des Doppelzahlers zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht bestand, erscheint er nach §. 2 nicht als Gläubiger, der sich im Konkurse melden dürfte, und anders exekutionsfähiges Vermögen ist ja während eines Konkurses für persönliche Forderungen gegen den Gemeinschuldner nicht vorhanden.

c. (nur insoweit).

Dieser Ausdruck war nach dem ersten Entwurfe richtig; denn in diesem fehlte der gegenwärtige dritte Absatz; nunmehr ist vor dem Worte „nur" der Zusatz zu subintelligiren: vorbehaltlich des im Absatz 3 freigelassenen Nachweises des guten Glaubens.

f. (gekommen ist).

Der Leistende wird befreit sobald das Geleistete in die Masse gekommen ist; daß es in derselben verblieb, ist nicht verlangt; ob die Masse effektiv bereichert wird, hat auf seine Befreiung keinen Einfluß; er bleibt befreit,

---

tionsunfähigen zahlte; würde er, wissend, daß der Konkurs ausgebrochen und also der Gemeinschuldner nicht mehr quittirfähig ist, gleichwohl zahlen, so hat er auf Rechtshilfe jedenfalls keinen Anspruch (arg. l 53 D. de R. J. (50, 17)). Dasselbe würde gelten, wenn er auch nur im (Rechts-) Irrthume, daß der Gemeinschuldner trotz des Konkurses noch quittiren könne, zahlte (c. 6, c. 10 C. de jur. et fact. ign. (1, 18)). Ist aber keiner dieser beiden Fälle gegeben, hat der Verpflichtete in faktischer Unwissenheit erfüllt, so wäre es unbillig und gegen die guten Sitten, ihn schutzlos zu lassen. Zwar mit der condictio indebiti oder sine causa wird er gegen den Gemeinschuldner nicht durchlangen, denn dieser wird ihm entgegnen: „schuldig warst Du mir ja und es steht mir auch keine exceptio perpetua entgegen, sondern nur eine temporalis exc. und diese schließt (arg. l. 26 §. 3 D. (12, 6)) die Rückforderung aus": als Mandatar der Konkursmasse erscheint der Gemeinschuldner gleichfalls nicht, weshalb auch die Folgen der Furtivität nicht eintreten können. Eher ließe sich behaupten, der Gemeinschuldner besitze ex injusta causa, aber der Erfüllende selbst zahlte ja nicht ex injusta, sondern vollständig ex justa causa. Sonach erübrigt nur, daß entweder der Masse selbst, d. h. dem Konkursverwalter, auferlegt wird, bevor er den Erfüllthabenden zur Doppelzahlung zwingt, vorher dasjenige, was der Gemeinschuldner in Händen hat, weil es eben re vera ein Massebestandtheil ist, von diesem zu erholen, oder daß dieses Forderungsrecht als in Folge der nochmaligen Zahlung des Erfüllthabenden auf diesen übergangen erachtet wird. Dies geht aus §. 52 Ziff. 2 der KO. hervor, weil der Masse jedenfalls das Recht der Einforderung des ungehörig von dem Gemeinschuldner Besessenen zusteht, und sie daher durch diesen Anspruch, wenn sie daneben nochmalige volle Erfüllung erhielte, rechtlich bereichert sein würde.

auch wenn das Geleistete nachträglich untergeht oder sonst ohne Entgelt aus der Masse kommt. — Hievon wird eine Ausnahme zu machen sein, wenn der Umstand, daß die Leistung zuerst an den Gemeinschuldner erfolgte und erst von diesem an die Masse gelangte, den späteren Untergang der Leistung verursacht hatte. Folgender Fall kam vor: Der Banquier A war Indossant eines Wechsels auf 20,000 Frs., der in Protest ging; er zahlte den Nachmann B, wobei jedoch der das Geld überbringende Commis den Wechsel mitzunehmen vergaß, welcher im Comptoir des B unglückseliger Weise verschoben wurde. Es entstund Streit; ehe dieser ausgeglichen war, fallirte Banquier A; bald darauf fand sich der Wechsel bei B vor, welcher nun nichts Eiligeres zu thun hatte, als unter Entschuldigung denselben an A zu übersenden. Dieser war verreist, schickte jedoch, sobald er zurückkam, den Wechsel an den Konkursverwalter und so kam derselbe allerdings in die Masse und B wäre, obwohl er die nach Art. 54 der A. D. Wechselordnung geschuldelte Leistung (Rückgabe des vom Regreßpflichtigen gezahlten Wechsels) unrichtig an den Gemeinschuldner gemacht, befreit gewesen. Allein unglücklicherweise waren die in Art. 79 Ziffer 1 der A. D. WO. bezeichneten 3 Monate gerade während der Zeit des Verreistseins des Banquiers A abgelaufen, so daß der Konkursverwalter den Regreß gegen den Aussteller des Wechsels, den er noch hätte geltend machen können, falls B den Wechsel sofort an ihn geschickt haben würde, verloren hatte. In diesem Falle ist zwar die Leistung in die Konkursmasse gekommen, aber sie war werthlos geworden, weil der Verpflichtete unrichtig an den Gemeinschuldner erfüllt hatte, und ersterer erscheint unter solchen Umständen nach dem Gesetze nicht befreit.

Das „in die Masse Kommen“ wird übrigens, da, wie bereits oben (S. 148 lit. h) erörtert wurde, dieser Ausdruck dem der „Bereicherung“ adäquat sein soll, nicht als der rein thatsächliche Vorgang auszulegen sein; wenn z. B. dem Gemeinschuldner und seiner Familie der Schuldner usufructuarische Kapitalien nach Eröffnung des Konkurses gezahlt hätte, so würde er hinsichtlich des Betrages, welchen nach §. 1 Abs. II die Masse dem Kridar und seinen Angehörigen zu leisten hat, nicht belangt werden können [6]), denn obwohl hier das Geld nicht effektiv in die Masse gekommen ist, ist es doch der Masse zu Gute gekommen.

g. (Leistung).

Wenn auch das Gesetz nicht, wie die Pr. KO., ausdrücklich nur der „Zahlung und Aushändigung“ erwähnt, so ist doch eine effektive Leistung

---

6) Ipso jure wäre er nach R. R. auch hier nicht befreit, doch stünde ihm die exceptio doli zu, l. 15 D. de solut. et liber. (16, 3).

des Geschuldeten allein hier in Frage. Durch die liberale Handlung des Gläubigers, der in Konkurs ist, findet Tilgung der Verbindlichkeit den Konkursgläubigern gegenüber überhaupt nicht statt. Ein gültiger Nachlaß z. B. von Seite des Kridars kann nur so lange erfolgen, als ihm die Disposition über sein Vermögen nicht entzogen oder untersagt ist, und hier kommt dem Schuldner des Kridars der Umstand nicht zu Statten, daß er (der Schuldner) zur Zeit des bewilligten Nachlasses von der Konkurseröffnung keine Kenntniß hatte [7]); auch wenn er in gutem Glauben war, kann er auf Kosten der Gläubiger nicht von dem Gemeinschuldner bereichert werden; derjenige selbst, welcher den Nachlaß bewilligt hat, bleibt natürlich daran gebunden (vgl. die Erläuterung S. 139 d. A.).

h. (so ist der Erfüllende befreit).

I. Durch Abs. I des §. 7 ist die allgemeine Regel festgestellt, daß der Gemeinschuldner in Folge der ihm entzogenen Dispositionsbefugniß nicht nur (§. 6) Nichts aus seinem Vermögen mehr herausnehmen, sondern auch Nichts in sein Vermögen mehr hineinbringen kann; nach Eröffnung des Konkurses erscheint der Konkursverwalter allein in Betreff der Masse aktiv oder passiv zur Verfügung legitimirt.

In dieser Schärfe ist aber die Regel weder im Gemeinen Rechte noch in den meisten Deutschen Gesetzgebungen [8]) rezipirt gewesen; der Verkehr verlangt eine billige Rücksicht auf den gutgläubigen Drittschuldner. „Ein Schuldner des Kridars" — sagen die Motive zu diesem Paragraphen — „befindet sich in einer anderen Lage als ein Gläubiger desselben; er hat nicht das gleiche Interesse wie dieser, die Vermögenslage und die Zahlungsfähigkeit des Gemeinschuldners zu überwachen; er wird es daher nicht so leicht wie dieser erfahren, wenn der Gemeinschuldner seine Zahlungen einstellt. Für ihn ist es sogar kaum von Bedeutung, wenn ein Antrag auf Konkurseröffnung gestellt und bekannt wird; denn ob der Konkurs eröffnet wird oder nicht, seine Schuld bleibt dieselbe, während die Stellung eines Gläubigers die wesentlichste Aenderung durch die Eröffnung des Konkurses erleidet; darum steht der Schuldner des Kridars dem Eröffnungsverfahren fern, und ihm wird deshalb nicht zugemuthet werden können, sich gleich einem Gläubiger des Gemeinschuldners um das Ergebniß des Vorverfahrens zu bekümmern. Vor Allem aber wird er von einer Nichtigkeit der Leistung härter betroffen, als der Gläubiger. Dieser erleidet durch die Zurückforderung der an ihm erfolgten Zahlung nur den Nachtheil, daß er in dieselbe

---

7) Vgl. v. Bayer a. a. O. §. 33 Note 1.

8) Wohl aber im Französischen, Belgischen und Englischen Rechte. Die Bremer und Lübecker bisherige Gesetzgebung hielt diese strenge Ansicht gleichfalls aufrecht.

Lage gebracht wird, in der sich die übrigen Gläubiger befinden, er kann gleich ihnen seine Forderungen im Konkursverfahren liquidiren. Der Drittschuldner dagegen, mit dessen Leistungen der Gläubiger davon geht, müßte seine Schuld doppelt bezahlen". Aus diesen Gründen läßt das Gemeine Recht eine nochmalige Forderung an den erfüllt habenden Schuldner des Kridars dann nicht zu, wenn derselbe in gutem Glauben war, eben so wie bei einer dem debitor cessus unbekannten Cession derselbe sich durch Zahlung an den Cedenten befreit [9]). Man nahm aber an, daß, sobald einmal das decretum de aperiundo concursu öffentlich bekannt gemacht war, der Schuldner den Zustand seines Gläubiger kennen mußte und daher nicht mehr in gutem Glauben sich befinden konnte [10]). Diese letztere unabwendbare Vermuthung schien wieder neueren Gesetzgebungen zu hart; die Pr. KO. [11]) und ihr folgend der pr. Entwurf eines Handelsgesetzbuches (Art. 707) stellte eine Frist von drei Tagen auf, innerhalb welcher der gute Glaube präsumirt wurde. Allein (wie Abg. Hullmann bei der Berathung mit Recht bemerkte) die Aufstellung einer solchen Frist ist eine rein willkürliche Normirung der Sache; es kommt auf den Zeitablauf seit der Konkurseröffnung nicht an, denn dieser hat an sich auf die Thatsache des Bekanntwerdens keinen zwingenden Einfluß. Der unmittelbare Ladennachbar des in Konkurs gerathenen Kaufmanns z. B. wird dies in der ersten halben Stunde wissen, der in Newyork wohnende Geschäftsfreund kaum in drei Wochen. Ein größeres Gewicht ist auf die öffentliche Bekanntmachung zu legen; bevor die Krida veröffentlicht ist, kann man jedenfalls nicht verlangen, und noch weniger eine allgemeine Vermuthung aufstellen, daß das Publikum Etwas davon weiß; nach der Veröffentlichung dagegen besteht schon einiger Grund, anzunehmen, daß derjenige, welcher mit dem Gemeinschuldner Geschäfte macht, wußte, wie er mit diesem Gegenkontrahenten daran sei; wenn gleich auch hiefür nicht volle Gewißheit vorliegt. Die Konkursordnung [12]) schließt sich deshalb dem Gedankengange an, welchem das A.D.

---

9) Schweppe a. a. O. §. 61 S. 114.

10) Vgl. v. Bayer S. 33 S. 91.

11) Preußische Konkursordnung §. 7 Abs. 2:

„Wer die Zahlung oder Aushändigung noch an dem Tage oder an einem der beiden nächstfolgenden Tage bewirkt hat, ist dadurch gegen die Konkursmasse befreit, wenn ihm nicht Umstände nachgewiesen werden, aus welchen sich entnehmen läßt, daß ihm damals die Konkurseröffnung bekannt gewesen ist.

12) Der I. Entwurf ging nicht so weit, er beschränkte sich auf die Vermuthung des guten Glaubens für die Zeit vor der Bekanntmachung und enthielt den jetzigen dritten Absatz nicht, ließ also nach der Bekanntmachung einen Gegenbeweis gegen den bösen Glauben nicht mehr zu. Es ist nicht zu läugnen, daß

Handelsgesetzbuch hinsichtlich der Firmenänderung in Art. 25 und hinsichtlich des Erlöschens der Prokura in Art. 46 folgt, und welchen auch die Art. 87, 115, 129, 135, 155, 171, 233 sowie Art. 163, 178 und 211 in Betreff der Gesellschaftsverhältnisse in den verschiedensten Richtungen zur Geltung bringen.

Hienach steht die Sache so:

Ist der Konkurs eröffnet, aber die Eröffnung noch nicht bekannt gemacht, so hat der Erfüllende die Vermuthung des guten Glaubens für sich; ist die Bekanntmachung erfolgt, so streitet die Vermuthung des bösen Glaubens gegen ihn; sonach liegt im ersten Falle der Beweis des Wissens dem für die Konkursgläubiger handelnden Konkursverwalter, im anderen Falle der Beweis des Nichtwissens demjenigen ob, der sich auf seine Erfüllung berufen will. Dieser Beweis wird in der Regel aus den Umständen zu entnehmen sein und der Richter hat in allen Fällen das Beweisergebniß nach seiner Ueberzeugung zu würdigen. Hiernach ist denn auch die Frage zu entscheiden, wie es sich mit dem „Kennen Müssen" verhält. Wenn das Erlöschen einer Prokura öffentlich bekannt gemacht ist und der Dritte, welcher demohngeachtet an den gewesenen Prokuristen geleistet hat, will sich auf seinen guten Glauben stützen, so muß er nach Art. 46 Abs. 2 des A. D. HGB. nicht nur beweisen, daß er das Erloschensein beim Abschlusse des Geschäftes nicht gekannt habe, sondern auch daß er es nicht habe „kennen müssen." Dies gilt für den im §. 7 der KO. behandelten Fall nicht. Bei den Berathungen der Justizkommission wurde dieser Punkt wohl erwogen (K. Pr. S. 10 und 11). Abg. v. Bahl bemerkte, „er halte es für zweckmäßig, wenigstens eine gewisse Direktive dahin zu geben, daß derjenige, der geleistet habe, das gethan haben müsse, was man von jedem vorsichtigen Manne verlange, nämlich daß er sich um die Bekanntmachung gekümmert habe, weshalb er die Worte eingeschaltet haben wollte „ohne grobe Verschuldung", und ähnlich beantragte Abg. Grütering, den Schluß des Absatzes dahin zu fassen:

> „wenn er Umstände nachweist, aus denen hervorgeht, daß ihm ohne sein Verschulden zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens unbekannt war."

Allein keiner dieser Vorschläge wurde angenommen. Hieraus ergibt sich, daß bei Prüfung der Thatsache, ob derjenige, welcher nach öffentlicher Be-

---

der erste apodiktische Absatz des gegenwärtigen Paragraphen Angesichts der beiden Ausnahmen eigentlich unrichtig ist und besser weggeblieben wäre, wie dies in der Bayer. Proz. Ord. Art. 1212 der Fall war.

kanntmachung der Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner geleistet hat, in gutem Glauben gehandelt habe, die Frage nach dem Verschulden nicht anzuregen ist; es genügt der Nachweis von Umständen, welche die Annahme begründen, daß er den Zustand der Krida nicht gekannt hat. Aber weiter darf man auch nicht gehen; nur das will das Gesetz, daß demjenigen, welcher an seinen Gläubiger erfüllt, nicht eine Pflicht aufgelegt sein soll, sich jedesmal zu erkundigen, ob derselbe nicht etwa im Konkurse sich befinde; man kann insbesondere [13]) z. B. einem auswärtigen Schuldner des Kridars keinen Vorwurf daraus machen, daß er die öffentliche Bekanntmachung nicht gelesen hat. Allein häufig wird aus der Thatsache, daß derjenige, welcher nach der Konkurseröffnung gezahlt hat, diese Konkurseröffnung habe „kennen müssen", der Nachweis des bösen Glaubens vom Richter als erbracht angenommen werden [14]). Wenn z. B. der Münchener Rathskeller unter großem Zulauf von Menschen gesperrt wird, wenn der betreffende Pächter des Kellers vom Gerichtsvollzieher auf offener Straße an der Equipage, in der er sitzt, gepfändet wird und alle Tagblätter von der Sache voll sind, kann man allerdings demjenigen, der, in derselben Straße wohnend, dennoch diesem Pächter nachher noch eine Zahlung gemacht hat, entgegenhalten: „Du hast wissen müssen, daß der Hr. N in Konkurs war." Die Rechtsfolge tritt aber auch hier nicht ein, weil der Zahlende die Konkurseröffnung kennen mußte, sondern weil aus den Umständen angenommen werden muß, daß er sie wirklich gekannt hat.

Wie verhält es sich, wenn die Leistung nicht vom Schuldner selbst, sondern von einem Bevollmächtigten desselben bethätigt war? So viel ist gewiß, daß der Schuldner nicht befreit wird, wenn ihm selbst die Eröffnung des Konkurses bekannt war, mag sein Bevollmächtigter bei der Leistung dies gewußt haben oder nicht [15]). Ferner wird nicht zu bezweifeln sein, daß die Befreiung eintritt, wenn beide sich in Unkenntniß des Konkursausbruches

13) Abg. Dr. Goldschmidt in den Verhandlungen a. a. O. S. 11.

14) Vgl. Völderndorff, Commentar zum A. d. HGB. Bd. I S. 114 Note 11.

15) Häufig wird die Entscheidung darauf gestellt, daß der Auftraggeber zur Zeit der Auftragsertheilung in gutem Glauben gewesen sei. (Z. B. Fitting §. 24 Note 18, Stieglitz S. 55, v. Wilmowski S. 88). Allein ich glaube, dies ist zu eng. Wenn auch der Prinzipal ohne Wissen von der Konkurseröffnung den Auftrag ertheilte, er erfährt aber diese Thatsache, bevor die Leistung gemacht ist, so wird er den Auftrag zurücknehmen müssen. Nur wenn ihm dies (unter Umständen telegraphisch) nicht mehr möglich war, kann ich ihn für befreit erachten. Die Beweislast über diese Unmöglichkeit bez. über die Möglichkeit richtet sich gleichfalls nach der Frage, ob die Eröffnung veröffentlicht war oder nicht.

befunden haben. Wenn aber der Schuldner Nichts wußte, der leistende Bevollmächtigte aber die Thatsache der Konkurseröffnung gekannt hat, so wird der Schuldner nicht befreit [16]).

§. 8.

Prozesse über die Aktivmasse.

Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen [a]), welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner anhängig sind [b]), können in der Lage, in welcher sie sich befinden [c]), von dem Konkursverwalter [d]) aufgenommen werden [e]). Wird die Aufnahme verzögert, so kommen die Bestimmungen des §. 217 der Civilprozeßordnung zur entsprechenden Anwendung [f]).

Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab [g]), so kann sowohl der Gemeinschuldner [h]) als der Gegner [i]) denselben aufnehmen [k]).

I. E. §. 12; II. E. §. 8; Pr. H. E. Art. 708 Abs. 2; Pr. K.-O. §. 8; B. P.-O. Art. 1219.

§. 9.

Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den Gemeinschuldner [l]) anhängig und auf Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse [m]) oder auf abgesonderte Befriedigung [n]) gerichtet sind oder einen Anspruch betreffen, welcher als Masseschuld zu erachten ist [o]), können sowohl von dem Konkursverwalter [p]) als von dem Gegner [q]) aufgenommen werden.

Erkennt der Verwalter den Anspruch sofort [r]) an, so fallen ihm die Prozeßkosten nicht zur Last [s]).

I. E. §. 13; II. E. §. 9; Pr. H. E. Art. 708 Abs. 2; Pr. K.-O. §. 8; B. P.-O. Art. 1219.

a. (Rechtsstreitgkeiten über das zur Masse gehörige Vermögen).

Wie bereits oben zu §. 1 erörtert worden ist, übt die Eröffnung des Konkurses nur auf dasjenige Vermögen einen Einfluß aus, welches zur Masse gehört. Hieraus folgt, daß von dieser Eröffnung auch nur solche

16) Vgl. hierüber das Erk. des ROHG. v. 18. Juni 1872 (Bd. VI S. 407) und das Erk. des Berl. Obertribunals v. 9 Januar 1872 (Striethorst Bd. 83. S. 268), welches sich übrigens auf das Pr. LR. stützt.

Rechtsstreitigkeiten betroffen werden können, welche sich auf das zur Masse gehörige Vermögen beziehen; Streitsachen, in denen die Masse weder aktiv noch passiv betheiligt ist, gehen ihren regelmäßigen Gang fort.

„Prozesse, welche sich lediglich auf die Person des Gemeinschuldners beziehen, Statusklagen, Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft, auf Vollziehung oder Scheidung der Ehe, auf Ertheilung des Ehekonsenses, Klagen auf Leistung und Unterlassung individuell persönlicher Handlungen, auf Vollziehung der Form eines Vertrags [1]), auf Rechnungslegung u. s. w. können ohne Rücksicht auf das Konkursverfahren sowohl von dem Gemeinschuldner als gegen ihn angestrengt und fortgesetzt werden. Ebenso Klagen, welche zwar einen vermögensrechtlichen Anspruch, aber nicht aus der Konkursmasse verfolgen. Dahin sind nicht blos Ansprüche auf Gegenstände zu rechnen, welche aus der Konkursmasse dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen sind; es gehören dahin namentlich auch die Ansprüche aus den neuen, nach der Konkurseröffnung unternommenen Rechtsgeschäften; auch Konkursforderungen sind davon nicht ausgenommen, sofern nicht ihre Berichtigung aus der Konkursmasse verlangt wird." (Aus den Motiven.)

Die Klage auf Ehescheidung, welche die Frau wegen Mißhandlung gegen ihren Mann angestellt hat, wird daher, soweit es sich um die persönliche Trennung (und nicht die vermögensrechtlichen Folgen) handelt, dadurch nicht berührt, daß dieser in Konkurs geräth; und wenn der Baron von X gegen den Herrn von Z einen Prozeß führt, weil dieser sich unberechtigter Weise des X'schen Wappens bedient, so kann er diesen Prozeß, ungeachtet er auf die Gant gekommen ist, ungehindert fortführen [2]).

Wenn aber der Rechtsstreit einen von dem Konkursanspruch ergriffenen Vermögensbestandtheil berührt, so ist zu unterscheiden, ob der Gemeinschuldner Kläger oder Beklagter ist, und im letzteren Falle wieder, ob der gegen ihn erhobene Anspruch eine persönliche Forderung ist oder nicht. Den ersten Fall, Streitsachen, in welchen der Gemeinschuldner der Kläger (Widerkläger) ist, (Aktivprozesse über die Aktivmasse) erledigt der §. 8. Von dem zweiten Falle handeln, soweit persönliche Schuldklagen gegen den in Konkurs Ver-

---

1) Dies wird natürlich nur dann richtig sein, wenn die Form nicht wesentlich erscheint; hängt aber davon die Gültigkeit oder Klagbarkeit des Vertrages ab, so daß die Vollziehung der Form eine neue Verpflichtung des Schuldners in sich schlösse, so steht §. 6 entgegen, daß ein obsiegliches Urtheil irgend einen Einfluß auf die Konkursmasse hätte.

2) Die B. PO. enthielt in Art. 1221 die hierauf bezügliche Bestimmung:
„Die Verfolgung von Ansprüchen, welche nicht das Vermögen, sondern nur die Person des Gemeinschuldners betreffen, wird durch die Ganteröffnung nicht berührt."

fallenen in Frage sind (Passivprozesse über die Passivmasse), die §§. 10 u. 134, und soferne anderweitige Rechtsstreitigkeiten gegen den Schuldner vorliegen (Passivprozesse über die Aktivmasse), der §. 9; für die beiden letzteren Fälle zieht überdies der §. 11 eine Schranke.

Nach der strengen Konsequenz des Rechtes würde aus der Entziehung der Dispositionsbefugniß des Gemeinschuldners folgen, daß Prozesse, welche sich auf die Konkursmasse beziehen, sobald das Konkursverfahren einmal eröffnet ist, weder von demselben aktiv betrieben noch von ihm passiv weiter geführt werden könnten; denn worüber Jemand nicht mehr verfügen darf, darüber kann er natürlich auch keine Prozesse führen. Würde das Gesetz diese strenge Konsequenz unverändert beibehalten haben, so hätte es eigener Bestimmungen gar nicht bedurft, denn nachdem (wie nicht zu bezweifeln) die gesammte prozessuale Thätigkeit sich aus einzelnen Rechtshandlungen zusammensetzt, so würde schon aus §. 6 folgen, daß Alles, was von Seite eines Gemeinschuldners in einem Rechtsstreite nach Eröffnung des Konkursverfahrens geschieht, den Konkursgläubigern gegenüber nichtig wäre. Allein diese Folgerung kann nicht unbedingt festgehalten werden und die Modifikationen dieses Satzes gibt eben der §. 8 und 9.

b. (für den Gemeinschuldner anhängig sind).

Der §. 8 behandelt, wie erwähnt, solche Rechtsstreitigkeiten, in welchen ein zur Konkursmasse gehöriger Vermögensbestandtheil Streitobjekt ist. Ob es sich um eine persönliche Forderung des Gemeinschuldners gegen eine Dritten handelt, oder um den Anspruch des Kridars auf Herausgabe einer Sache oder Anerkennung eines dinglichen Rechtes, ist einerlei; ebenso, ob der Anspruch für den Gemeinschuldner mittelst einer primären Klage oder nur im Wege einer Widerklage erhoben ist. Desgleichen muß der §. 8 Anwendung finden, wenn der Gemeinschuldner Beklagter, die Rechtsstreitigkeit aber insoferne für ihn anhängig ist [3]), als er ein Recht in Anspruch nimmt, welches ihm bestritten wird, z. B. wenn gegen ihn eine negatorische Klage wegen einer vom Gemeinschuldner beanspruchten Dienstbarkeit, oder (nach §. 231 der Civ.-PrO.) eine Klage auf Feststellung der Tilgung einer Schuld oder auf Löschung einer für die Gemeinschuldner eingetragenen Hypothek u. s. w. erhoben ist.

Ob der Gegner zugleich ein Konkursgläubiger ist, hat keinen Einfluß; wenn A in Konkurs verfällt, B hat für 10,000 Mark von A acceptirte

3) Das Gesetz sagt nicht „von dem Gemeinschuldner anhängig gemacht ist", sondern „für den Gemeinschuldner anhängig ist." Allerdings haben die Motive (S. 46) nur den Fall im Auge, daß der Gemeinschuldner geklagt hat; allein wie Fitting §. 7 Note 5 mit Recht bemerkt, diese Ansicht der Motive würde zu unbrauchbaren Resultaten führen. Ebenso Hullmann S. 85; v. Sarwey S. 43; Stieglitz S. 59; v. Wilmowski S. 91.

Wechsel in Händen, zugleich schwebt aber ein Rechtsstreit des A gegen B wegen verspäteter Ablieferung gekauften Hopfens, so findet auf diesen Prozeß nicht §. 134, sondern §. 8 Anwendung. Endlich ist es gleichgültig, ob der Gemeinschuldner persönlich den Rechtsstreit führt oder ein Bevollmächtigter für ihn.

c. (in der Lage, in welcher sie sich befinden).

Was bis zur Konkurseröffnung mit dem Gemeinschuldner verhandelt, was in dem Reichtsstreite für oder gegen ihn festgestellt ist, wird durch die gegen ihn eintretende Entziehung der Dispositionsbefugniß über die Masse natürlich an und für sich nicht berührt. Wie jede andere Rechtshandlung bleibt das bisherige Prozeßresultat in Kraft, insbesondere auch Zugeständnisse, Unterlassungen und die hierauf ergangenen Ungehorsamserkenntnisse; allein ebenso wie alle nichtstreitigen Rechtsgeschäfte können auch die Prozeßhandlungen nach Maßgabe des dritten Titels der KO. angefochten werden [4]). Gesetzt den Fall, zwischen dem Gutsbesitzer A und seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau war ein Prozeß wegen Herausgabe des Heirathsgutes der letzteren anhängig; am 1. Juli 1880 bei einer Verhandlung legt A ein Geständniß über die Größe dieses Heirathsgutes ab; am 1. Juni 1881 wird über ihn der Konkurs eröffnet; hier ist dieses Geständiß von Seite der Gläubiger nach Maßgabe des §. 25 der KO. eben so anfechtbar, als wenn eine von A ohne Prozeß der Ehefrau gegebene Schuldverschreibung für ihr Heirathsgut vorläge.

Von dem Satze, daß der Prozeß gerade so, wie er im Moment der Konkurseröffnung liegt, verbleiben muß und nichts daran geändert werden darf, sind zwei Ausnahmen zu bemerken:

a) Die gesetzliche Vorschrift betrifft nur die Lage der Parteihandlungen; richterliche Entscheidungen hängen von der Dispositionsfähigkeit der Partei nicht ab. Wenn also das Verfahren bis zur Erlassung eines Endurtheiles oder Zwischenbescheides vollständig bereift war und, ehe diese erfolgen, wird der Konkurs eröffnet, so kann das Gericht demohngeachtet seine Entscheidung treffen, ehe das weitere Schicksal des Rechtsstreites bestimmt ist. Vgl. Civ.-Pr. O. §. 226 Abs. III [5]).

b) Der Konkursverwalter hat zur Vornahme aller bei der Konkurseröffnung ausstehenden Prozeßhandlungen, insbesondere zur Einlegung der

---

4) Ueber die Wirkung von Anerkenntnissen des Gemeinschuldners werden citirt die Erk. des Berliner Obertribunals v. 15. Okt. 1867 (Striethorst Bd. 68 S. 262) u. des ROHG. v. 13. Mai 1875 in Bd. XII S. 405 ff. Allein beide sprechen von Anerkenntnissen vor der Konkurseröffnung.

5) Diese Stelle spricht indessen nur von der „nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung" eintretenden Unterbrechung.

Rechtsmittel gegen ein vor der Konkurseröffnung erlassenes Urtheil, nicht blos die noch laufende, sondern die volle gesetzliche Frist [6]), und zwar berechnet sich diese erst von der Aufnahme des Prozesses durch den Konkursverwalter [7]).

d. (von dem Konkursverwalter).

Die Konkursordnung nimmt, wie bereits oben (S. 35) erörtert ist, eine Succession der Gläubiger in die Rechte des Gemeinschuldners nicht an, und kennt auch (S. 36) keine „Gläubigerschaft", kein Corps der Gläubiger. In Folge dessen treten auch nicht (wie in der Pr. KO.) die Gläubiger als solche in den anhängigen Rechtsstreit ein, sondern nur der Konkursverwalter. Damit ist aber nicht gesagt, daß den Gläubigern jede Einwirkung auf die Fortführung der Prozesse des Gemeinschuldners entzogen wäre; die Betheiligung derselben richtet sich nach den Bestimmungen des II. Buches 1. Titels, insbesondere kommen die §§. 80, 86, 76 und 91 und vorzüglich §. 121 in Betracht. Wenn also z. B. der Kaufmann A einen Wechsel gegen den B, welchen dieser als bereits verjährt zu zahlen verweigerte, eingeklagt hat, und geräth in Konkurs, so steht es vorerst in der Erwägung des zum Konkursverwalter ernannten C, ob er den Wechselprozeß fortführen will oder nicht; setzen wir aber nun den Fall, C sei der Ansicht, der B habe Recht, es lasse sich in der Sache Nichts machen, so kommt es darauf an, ob der eingeklagte Wechsel mehr oder weniger als 300 Mark beträgt. Ersteren Falles darf (§. 121 Abs. 2) der Verwalter die Aufnahme des Prozesses ohne Genehmigung des Gläubigerausschusses nicht ablehnen; ist der Betrag geringer, so kann er zwar die Fortführung ablehnen; wenn aber z. B. die Gläubiger D, E und F anderer Ansicht wären und dieser schließt sich die Gläubigerversammlung an, so muß der Verwalter doch den Prozeß aufnehmen, und wenn er es nicht thut, so kann er entlassen werden.

e. (aufgenommen werde).

Der Umstand, daß durch die Konkurseröffnung eine der bisherigen

---

6) Die Pr. KO. §. 8 Abs. III hatte die Bestimmung, daß die Nothfristen vom Tage der Konkurseröffnung an neu zu laufen beginnen; dieselbe Vorschrift enthielt der Pr. H.G. Art. 708 Abs. III. Der gegenwärtige Civilprozeß geht in §. 226 noch weiter, indem er den Lauf der Fristen erst nach Beendigung der Unterbrechung neu beginnen läßt.

7) Versäumnisse des Gemeinschuldners, welche in der letzten Zeit vor Eröffnung des Konkurses vorgekommen sind, werden häufig der Anfechtbarkeit unterliegen. Es lassen sich indessen auch Umstände denken, wo sich auf Grund des §. 211 der CPrO. die Versäumung einer Nothfrist durch den Gemeinschuldner als „ein unabwendbarer Zufall" für den Konkursverwalter erscheint und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gefordert werden kann.

Prozeß-Parteien (der Kläger, Widerkläger oder in dem obigen Ausnahmsfalle der Beklagte) die Dispositionsbefugniß verliert, endet faktisch auch deren Befugniß, den Rechtsstreit fortzusetzen. Es entsteht eine Aenderung in der Persönlichkeit des Prozeßführenden, der bisherige Berechtigte verschwindet und statt seiner tritt der Konkursverwalter ein[8]). Daraus ergibt sich als oberster Grundsatz: Jeder anhängige Prozeß, welcher die Konkursmasse betrifft, wird durch die Eröffnung des Konkursverfahrens unterbrochen[9]); ein Grundsatz, welcher in §. 218 der Civilprozeßordnung ausgesprochen wird, indem es hier heißt:

> Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis dasselbe nach dem für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen oder das Konkursverfahren aufgehoben wird.

Es ist also nicht ein von Rechtswegen eintretender Uebergang im Gesetze aufgestellt, wie dies z. B. in der Pr. KO. §. 8 und in der B. PO. Art. 1219[10]) der Fall war. Und zwar mit Recht; denn ebenso wie jeder

---

8) Dies ist der Standpunkt der Motive, welche (S. 42) bemerken, daß nachdem der Kridar durch die Konkurseröffnung die legitimatio ad causam verliert, er den Rechtstreit nicht fortführen kann, obwohl er die legitima persona standi in judicio nicht eingebüßt habe. Dagegen erinnert Schultze (S. 85), daß gerade umgekehrt der Gemeinschuldner und nur der Gemeinschuldner die Prozeßpartei bleibe, wohl aber werde er prozeßunfähig und müsse daher im Rechtsstreite vom Verwalter vertreten werden. Ersteres gibt Fitting §. 7 Note 2 zu, nicht aber das Letztere. (Vgl. hierüber auch seine Erläuterungen im Archiv für civil. Praxis Bd. 61 S. 409.). Wenn man, wie ich, die Abtrennung des zur Befriedigung der Gläubiger dienenden Vermögens zu einer „Masse" und den Verwalter als Vertreter dieser Masse ansieht, muß man den Motiven unbedingt beistimmen; wie dieselben (S. 44) sagen: „der Gemeinschuldner hat aufgehört Partei zu sein," prozeßunfähig aber wird er nicht, nicht einmal für diesen Rechtsstreit. Mit Zustimmung des Verwalters bez. der Gläubigerversammlung kann er denselben gewiß fortführen, aber nicht für sich, sondern für die Masse.

9) Meisner S. 307 Note 3 bemerkt, die Unterbrechung trete nicht durch die Konkurseröffnung, sondern erst durch Anmeldung der Forderung zum Konkurse ein.

10) Pr. KO. §. 8:

> Anhängige Rechtsstreitigkeiten gehen auf die Gläubigerschaft in der Lage über, in welche sie sich zur Zeit der Konkurseröffnung befinden.

B. PO. Art. 1219:

> Anhängige Rechtsstreitigkeiten über einen zur Gantmasse gehörigen Vermögenstheil — gehen mit der Ganteröffnung auf die Gläubigerschaft über.

andere Vermögenstheil unterliegt auch ein Aktivprozeß der freien Dispositionsbefugniß des die Masse vertretenden Verwalters, er hat zu prüfen und zu überlegen, ob es für die Masse vortheilhaft ist, den Prozeß fortzuführen, und findet er dies nicht, so braucht er ihn nicht aufzunehmen [11]). Für diese Eventualität hat der zweite Absatz des §. 8 Vorsorge getroffen (vgl. unten). Nimmt aber der Verwalter den Rechtsstreit auf (was nach §. 227 der CivPO. jedesmal durch Zustellung eines Schriftsatzes zu geschehen hat), so wird der Prozeß in derselben Lage fortgesetzt, in welcher er sich zur Zeit der Konkurseröffnung befand. (Vgl. darüber lit. c.) Von nun an tritt aber der Gemeinschuldner außer Betracht, er hat aufgehört Partei zu sein; er kann deshalb mit verbindlicher Kraft für die Konkursgläubiger oder den Konkursverwalter weder ein Geständniß ablegen, noch einen Parteieneid annehmen, noch denselben ableisten oder zurückschieben [12]); es kann auch der Gemeinschuldner, da er über den Prozeß nicht mehr disponiren kann, nicht über die Einlegung von Rechtsmitteln verfügen [13]) und eine von ihm in dieser Hinsicht geübte Thätigkeit ist ungültig und bewirkt keine Rechtsfolge. Daß eine derartige Handlung des Gemeinschuldners durch nachträgliche Genehmigung Seitens des Konkursverwalters gültig werden kann, ändert an dem Grundsatze Nichts; denn nach §. 85 der Civilprozeßordnung kann Jedermann als „Geschäftsführer ohne Auftrag“ in einem Prozesse handeln, und eine ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung bindet die Partei.

II. Wenn nun, wie im Vorgehenden erörtert, der Gemeinschuldner, sobald der Verwalter den Prozeß aufgenommen hat, nicht mehr als Partei

---

11) Ueber die Befugnisse der Gläubiger siehe Lit. d.

12) CivPO. §. 435 sagt in Abs. I: „Ist eine Partei nicht prozeßfähig, so ist die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides nur an ihren gesetzlichen Vertreter zuläßig.“ Da aber der Gemeinschuldner doch wohl nicht schlechter als ein unter Kuratel gestellter Verschwender behandelt werden darf, so wird auch der Abs. II Anwendung finden, wonach dem Kridar über Thatsachen, welche in Handlungen desselben bestehen oder Gegenstand seiner Wahrnehmungen gewesen sind, der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden kann, soferne dies vom Gericht auf Antrag des Gegners nach den Umständen des Falles für zuläßig erklärt wird. Ebenso Schultze S. 96. 97, welcher eigentlich noch etwas weiter geht. Dagegen hält v. Wilmowski S. 93 die analoge Anwendung als „Ausdehnung einer ganz exceptionellen Bestimmung“ nicht für zuläßig.

13) Das Berliner Obertribunal hat in einem Erk. v. 16. November 1858 (Entscheid. Bd. 40 S. 372 ff.) ausgesprochen, es sei weder eine Verwaltungshandlung noch eine den Gläubigern nachtheilige Verfügung, wenn der Gemeinschuldner nach eröffnetem Konkurse ein vor der Eröffnung von ihm eingelegtes Rechtsurtheil ausführe. Wenn nun aber der Prozeß verloren geht?

erscheint, kann auch das Resultat des Prozesses nicht mehr ihn selbst, sondern nur die Masse berühren. Insoferne aber der Verwalter nach einer bestimmten Richtung, nemlich soweit das im Konkursanspruche zur Befriedigung dienende Vermögen in Frage steht, an Stelle des Gemeinschuldners klagt und beklagt wird, kann das ergehende Urtheil auch für diesen nicht völlig unwirksam sein. Ich kann also weder der Ansicht [14]) beistimmen, daß Judikate gegen den Verwalter unbedingt gegen den Gemeinschuldner wirken, noch der anderen [15]), daß der letztere ganz ohne Rücksicht auf das gegen den Verwalter gefällte Urtheil vorgehen könne. Wenn z. B. in einer Vindikationsklage, welche der Verwalter fortgesetzt hat, dieser unterliegt, weil das Eigenthum des Schuldners verneint wird, so erscheint nicht blos festgestellt, daß die Sache nicht zur Konkursmasse gezogen werden kann, sondern daß der Gemeinschuldner nicht Eigenthümer ist; er kann nicht seinerseits nochmals vindiziren; er kann nicht neuerdings den von der erhobenen Forderung losgesprochenen Gegner mit derselben Forderung behelligen. Denn obwohl in dem vom Verwalter geführten Rechtsstreite der Gemeinschuldner nicht mehr Partei ist, also er als Partei nicht verurtheilt oder abgewiesen wird, so bleibt doch sein Prozeß, der von ihm angefangene Rechtsstreit entschieden und seine nochmalige Klage würde dem obersten Rechtsgrundsatze „ne bis in idem" widerstreiten.

III. Die Unterbrechung des Rechtsstreites in Folge der Eröffnung des Konkurses bewirkt übrigens, daß von da an und bevor über die Aufnahme desselben durch den Konkursverwalter entschieden ist, auch der Gegner des Gemeinschuldners mit rechtlicher Wirkung im Prozesse keine Handlungen vornehmen kann, und macht es hiebei keinen Unterschied, ob derselbe die Konkurseröffnung kannte oder nicht [16]). Indessen wird auch hier anzunehmen sein, daß, wenn der Konkursverwalter nach der Aufnahme des Verfahrens die inzwischen liegende gegnerische Handlung nicht beanstandet, sondern auf dieselbe hin weiter verfährt, er nachträglich dieselben nicht mehr anfechten darf.

Zu bemerken ist noch, daß sowohl der nach §. 70 der KO. vom Gerichte ernannte als auch der nach §. 72 nachträglich gewählte Verwalter die in §. 8 aufgeführten Rechte und Pflichten ausüben kann, und daher nicht auf eine Bestätigung desselben durch die Gläubigerversammlung gewartet zu werden braucht.

---

14) Vertreten von Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. II S. 251; v. Wilmowski S. 50 a. E.

15) Schultze S. 97 u. 98.

16) Vgl. v. Sarwey a. a. O. S. (36) 44 u. 45.

f. (zur entsprechenden Anwendung).

Der §. 217 der Civ.Pr.O. behandelt die Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei und im Abs. II den Fall, daß durch den Rechtsnachfolger die Aufnahme verzögert wird. Dies kommt denn für die Unterbrechung durch Konkurseröffnung in analoge Anwendung[17]). Hienach kann der Konkursverwalter, wenn er die Erklärung über die Aufnahme verzögert[18]), unter Vorsteckung einer vom Richter zu bemessenden Frist geladen werden. Erscheint er, so wird er entweder seine Erklärung abzugeben oder Gründe vorzubringen haben, weshalb er hiezu noch nicht im Stande ist[19]). Die letztere Alternative erwähnt zwar das Gesetz nicht, allein es ist nicht abzusehen, daß der Richter, im Falle solche erhebliche und glaubhafte Gründe vorgebracht werden, nicht die in seinem Ermessen liegende Frist erweitern könnte. Leistet der Konkursverwalter der Ladung keine Folge, so wird nach §. 217 Abs. IV, soferne der Geladene der Konkursverwalter wirklich ist[20]),

---

17) Diese Bestimmung wurde erst in der zweiten Lesung durch die Justizkommission beigefügt. K. Prt. S. 148. Mit Recht führt Schultze (S. 9) aus, daß diese Einschaltung dem Systeme nicht entspricht, daß vielmehr in konsequenter Anwendung der Prinzipien der §. 218 der CivPO. hätte herangezogen werden sollen.

18) Was als „Verzögerung" anzusehen sei, bezeichnet das Gesetz nicht durch Festsetzung einer bestimmten Frist; es wird daher nach den Umständen vom Richter zu erwägen sein, ob der Konkursverwalter sich in mora befinde. Anderer Ansicht Meisner S. 54, welcher annimmt, daß, sobald der Konkursverwalter keine definitive Erklärung über Aufnahme oder Nichtaufnahme des Prozesses abgibt, Terminsverlegung nachsucht u. s. w., derselbe nach §. 298 der CivPO. als nicht erschienen anzusehen sei. Dies dünkt mir dann zu hart, wenn der Verwalter wirklich „verhandelt", das heißt hinreichende Gründe angibt, weshalb er noch nicht definitiv sich erklären kann. Fraglich ist, ob es ein „hinreichender" Grund ist, wenn das Prozeßobjekt über 300 Mark beträgt und die in §. 121 Nr. 1 der KO. vorgeschriebene Erklärung des Gläubigerausschusses nicht erholt werden konnte, also wenn die erste Gläubigerversammlung noch nicht abgehalten und das Gericht auch keinen interimistischen Ausschuß bestellt hat. Ich bejahe dies mit Sarwey S. 47, während Hullmann S. 80 Note 1, Meisner S. 54 Note 7 u. v. Wilmowski S. 94 entgegengesetzter Ansicht sind.

19) Z. B. daß die Einberufung des Gläubigerausschusses (vgl. §. 121 Pr. 2) noch nicht möglich war; vgl. auch v. Sarwey S. 38.

20) Im Hinblicke auf die von Meisner S. 54 u. v. Wilmowski a. a. O. vorgebrachten Gründe, muß ich meine in der ersten Auflage aufgestellte Ansicht, es sei in diesem Falle unter allen Umständen die Eigenschaft des Geladenen als Konkursverwalter für feststehend zu erachten, einschränken. Der Prozeßrichter hat viel-

durch Versäumnißurtheil ausgesprochen, daß er den Prozeß aufgenommen habe; in der Hauptsache selbst kann noch nicht fortgefahren werden, bis entweder die Frist abgelaufen ist, innerhalb welcher gegen die durch Versäumungsurtheil ausgesprochene Wiederaufnahme Einspruch erhoben werden kann, oder wenn Einspruch erhoben wurde, bis über diesen entschieden ist.

Die Frage über die etwaige Befugniß des Gemeinschuldners, in diesem Falle zu interveniren, wird bei lit. h erörtert werden.

g. (lehnt der Verwalter ab).

Der Verwalter kann, wie in dem Vorgehenden erläutert wurde, zur Erklärung über die Annahme gezwungen werden, aber zur Annahme selbst kann man ihn nicht zwingen. Der Gemeinschuldner kann einen frivolen Prozeß begonnen, er kann ohne genügenden Grund einen Anspruch erhoben haben; es kann auch sein, daß dem Verwalter die Sache zu unbedeutend scheint. Letzterer ist also vollkommen frei [21]), den begonnenen Rechtsstreit zur Masse zu ziehen, das heißt, ihn für Rechnung der Masse fortzusetzen, oder nicht, wie ja überhaupt dem Verwalter bez. den Gläubigern nicht verwehrt ist, diesen oder jenen Vermögensgegenstand außerhalb des Konkurses zu belassen.

Die Ablehnung muß ausdrücklich erklärt werden, eine stillschweigende Ablehnung gibt es nicht [22]); das Stillschweigen des Verwalters berechtigt den Prozeßgegner zur Aufforderung und das Stillschweigen auf diese Aufforderung gilt nicht als Ablehnung, sondern als Aufnahme des Prozesses (§. 217 Abs. IV der CivPO.).

h. (der Gemeinschuldner).

Wenn der Konkursverwalter den Rechtsstreit aufnimmt, so hat der Gemeinschuldner keine weiteren Befugnisse [23]); sein Interesse fällt mit dem der Masse zusammen und man muß also dem Vertreter der letzteren zutrauen, daß er es genügend wahrnimmt. Der Gemeinschuldner hat Gelegenheit,

---

mehr auf Grund der §§. 54 u 300 Nr. 1 der CivPO. die Legitimation des Vorgeladenen zu prüfen und eventuell vom Gegner den Nachweis, daß derselbe wirklich Konkursverwalter sei, zu verlangen.

21) Immer vorbehaltlich der Rechte der Gläubiger (vgl. §. 121), woselbst auch zu erörtern sein wird, ob die Gläubiger den Verwalter zur Aufnahme zwingen können.

22) K. Prt. S. 11 (Aeußerung des Regierungsrathes Hagens).

23) Er kann insbesondere nicht als Nebenintervenient eintreten. (Motive S. 44.) Nach meiner persönlichen Ansicht wäre man besser beim Französischen Rechte geblieben, welches sagt: le tribunal (lorsqu'il le jugera convenable) pourra recevoir le failli partie intervenante.

dasjenige, was er zur Sache beizubringen hat, dem Verwalter zur Benutzung mitzutheilen[24]); und wenn dieser seine Pflicht versäumt, so kann er denselben durch Beschwerdeführung bei dem Konkursgerichte zur Erfüllung seiner Pflicht nöthigen. Unzweifelhaft kann übrigens der Konkursverwalter den Gemeinschuldner beauftragen, den Prozeß für Rechnung der Masse fortzuführen, in welchem Falle dann aber natürlich nicht der Abs. II, sondern der Abs. I des §. 8 in Anwendung kommt.

Wenn hingegen der Konkursverwalter die Aufnahme ablehnt, somit erklärt, daß er den fraglichen Rechtsstreit nicht zur Masse zu ziehen beabsichtige, so bleibt die Verfügung darüber, wie über jedes sonstige nicht zur Konkursmasse gezogene Vermögensstück, dem Gemeinschuldner. Gewinnt er den Prozeß, so bildet dieses Resultat einen neuen Erwerb, und es kann ihm die vom Besiegten zu machende Leistung während des Konkurses (auf Grund des §. 10) nicht mehr von den Konkursgläubigern entzogen werden; ebendeshalb hat dann der Prozeßgegner gegen die ihm zugemuthete Leistung des Judikatmäßigen auch nicht die Einrede des §. 7 der KO. Es ließe sich zwar denken, daß der Konkursverwalter bei Ablehnung der Aufnahme des Rechtsstreites sich das Recht vorbehielte, seinerzeit doch das Resultat des Prozesses, falls er gewonnen wird, zur Masse zu ziehen. Allein ein solcher Vorbehalt ließe sich nicht wohl billigen[25]); denn entweder muß der Prozeß als ein wenn auch im Werthe noch zweifelhafter Bestandtheil der Masse erklärt und damit der Disposition des Schuldners entzogen werden, und dann kann der Gemeinschuldner ihn auch nicht weiterführen — oder aber er muß der freien Verfügung des Schuldners überlassen bleiben, dann aber gehört er nicht zur Masse und es ist sein Gewinn ein neuer Erwerb, der außerhalb des Konkurses bleibt[26]). Tertium non datur. Die

---

24) Weigert er sich, die genügende Information zu ertheilen, so wird nach §. 92 und 93 der KO. zwangsweise gegen ihn verfahren.

25) Der Verwalter würde in diesem Falle sagen: „ich verzichte auf den Prozeß, aber was er trägt, will ich doch haben". Ein solcher Verzicht ist, wie aus dem von Kreittmayr in seinen Anmerkungen ad Cod. judic. Cap. XVII §. 1 lit. h angeführten Beispiele zu ersehen ist, rechtlich unmöglich. Ebenso Hullmann S. 80; Petersen S. 61; Wilmowski S. 95; Wengler S. 112; Stieglitz S. 61. Anderer Ansicht Meisner S. 55 auf Grund der Motive S. 1382.

26) Ebenso v. Sarwey (S. 39) 48, welcher zugleich einige sehr scharfsinnige Beispiele bringt, in welchen das Obsiegen im Prozesse Seitens des Gemeinschuldners dennoch den Konkursanspruch der Gläubiger berührt und welche zu entlehnen ich mir nicht versagen kann. „Wenn beispielsweise der Gemeinschuldner wegen einer seinem Grundstücke zustehenden Servitut konfessorisch oder

bei der Berathung (K. Prt. S. 11) von dem Regierungsvertreter gemachte Aeußerung, aus welcher man obige Ansicht folgern will, bezieht sich daher offenbar nur auf die bereits bei lit. h erwähnte Modalität, daß der Konkursverwalter den Rechtsstreit zwar zur Masse zieht, die Fortführung desselben aber dem Gemeinschuldner als Mandatar der Masse überläßt.

Wenn der Gemeinschuldner die Erklärung verzögert, steht dem Gegner dieselbe Befugniß zu und ihm dasselbe Präjudiz der Annahme der Aufnahme entgegen, wie bei lit. f dargelegt ist[27]).

---

wegen einer angeblich auf demselben lastenden Servitut negatorisch geklagt hatte und der Verwalter die Aufnahme dieses Rechtsstreites ablehnte, so kann auch in diesem Falle nach dem Grundsatze der Alinea II kein Zweifel sein, daß dem Gemeinschuldner die Aufnahme des Rechtsstreites zusteht, jedenfalls so lange das Grundstück noch nicht verkauft ist. Denn es findet ja durch die Konkurseröffnung keine Besitzveränderung statt; nur wenn das Grundstück verkauft ist, könnte in Anwendung des §. 237 der CivPO. der Rechtsnachfolger in den Rechtsstreit als Hauptpartei eintreten und der Gegner diesen Eintritt von ihm verlangen. Wenn nun vor diesem Zeitpunkte der Rechtsstreit zu Gunsten des Klägers rechtskräftig entschieden ist, so ist klar, daß das Grundstück nunmehr mit dem Rechte, beziehungsweise ohne die Belastung, als Theil der Konkursmasse, von welchem das erstrittene Recht oder die erstrittene Freiheit nicht getrennt werden kann, zum Verkaufe zu bringen ist und hiemit der Nutzen des Rechtsstreites trotz der Ablehnung des Verwalters den Gläubigern zukommt. Dasselbe kann eintreten, wenn die Verneinung eines Anspruches, welcher sich im Konkurs als Absonderungsanspruch darstellt, Gegenstand der Klage war, z. B. der Antrag auf Löschung einer angeblich erloschenen Hypothek". — Fragen ließe sich indessen, ob, nachdem hier offenbar eine „rechtlose" Bereicherung der Masse vorliegt, nicht auf Grund §. 52 Ziff. 3 der KO. eine Masseschuld geltend gemacht werden kann? v. Wilmowski (S. 95) nimmt für solche Fälle, in denen der Anspruch mit einem anderen unzweifelhaft zur Masse gehörigen und zu derselben gezogenen Objekte untrennbar verbunden ist (z. B. als Servitut eines Grundstückes der Masse), an, daß mit dem in der Ablehnung des Verwalters erklärten Verzichte desselben die Sache erledigt sei und der Schuldner dann von der Befugniß des Abs. 2 keinen Gebrauch machen könne. Auch Fitting §. 7 Note 8 spricht sich dahin aus, daß in derartigen Fällen der Gemeinschuldner nicht eintreten kann, sondern der Prozeßgegner berechtigt sei, den Prozeß gegen den Verwalter, auch wenn dieser die Aufnahme ablehnt, fortzusetzen.

27) Der obige Paragraph bestimmt dies zwar nur für den Konkursverwalter, und man könnte sagen: der Gegner bedarf diese Befugniß nicht, da er selbst den Prozeß aufnehmen darf; allein dies kann er doch nur subsidiär, und da §. 217 Abs. IV der CivPO. ganz allgemein gehalten ist, besteht kein Anlaß, ihm den dort bezeichneten Weg zu versperren. Weshalb die ursprüngliche

i. (der Gegner).

Lehnt der Konkursverwalter ab und lehnt auch der Gemeinschuldner ab, so würde nach dem Wortlaute des §. 218 der CivPO. der Rechtsstreit bis zur Beendigung des Konkurses liegen bleiben; das Gesetz räumt aber dem Prozeßgegner gleichfalls die Befugniß ein, denselben wieder aufzunehmen. Er kann hiezu nicht blos wegen des Kostenersatzes, sondern auch aus anderen Gründen ein Interesse haben. Gegen wen richtet sich in diesem Falle die Aktion? Keinenfalls gegen die Konkursgläubiger oder den Konkursverwalter, denn diese können nicht gezwungen werden, ein Aktivum zur Masse zu ziehen. Als Prozeßpartei erscheint daher, wenn der Gegner den Prozeß aufnimmt, immer nur der Gemeinschuldner; da indessen mit einem Siege gegen diesen möglicherweise dem anderen Theile nicht viel geholfen wäre, so wird demselben nicht versagt sein können, sich für dasjenige, was ihm etwa im Prozesse seinerzeit zugesprochen werden wird (und wäre es auch nur der Anspruch auf Ersatz der Kosten), im Konkurse als eventueller Gläubiger anzumelden. Es wird dann in analoger Anwendung der §§. 134, 155 und 158 der KO. zu verfahren sein.

k. (aufnimmt).

Ueber die Frage, wer die Kosten solcher Prozesse zu tragen habe, ist im Gesetze Nichts bestimmt. Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreites ab, so kann der Gegner jedenfalls die Kosten nicht als Masseschuld geltend machen; dagegen sowohl die vor als die nach der Konkurseröffnung erwachsenden als Konkursforderungen[28]), letztere als eventuellen Anspruch[29]).

Fassung des §. 8 Abs. 2, welcher im II. E. lautete: „Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreites ab, so ist der Gemeinschuldner befugt und auf Verlangen des Gegners verpflichtet, denselben aufzunehmen", — in die jetzige Fassung abgeändert und dafür der Zusatz von der Verzögerung, der früher fehlte, in den Abs. I aufgenommen wurde, ist aus den Kommissionsprotokollen nicht zu ersehen. Indessen hindert diese Aenderung die obige Aufstellung nicht.

28) Ebenso: Hulmann S. 85, Petersen S. 61, Stieglitz S. 62. Man führt dagegen an (vgl. v. Sarwey S. 47, welcher übrigens die Frage weder bejaht noch verneint), daß die Kostenersatzpflicht erst durch die Verurtheilung entstehe und daher die Forderung des siegenden Prozeßgegners erst nach der Konkurseröffnung datire. Allein dies ist nicht richtig; begründet ist der Kostenanspruch sofort durch das Bestreiten der Klage, das Urtheil stellt nur fest, welcher Partei dieselben zur Last fallen.

29) Diese Kosten sind weder durch die Theilnahme am Verfahren erwachsen (§. 56 Ziff. 2), noch stellt sich die Pflicht des im Prozesse Unterliegenden zur Tragung der Kosten als eine Geldstrafe dar (§. 56 Ziff. 3); daher es nicht gerechtfertigt wäre, einen solchen Anspruch vom Konkurse auszuschließen.

Nimmt aber der Verwalter den Rechtsstreit auf und verliert denselben schließlich, so wird kein Zweifel sein, daß die nach der Konkurseröffnung entstandenen Kosten eine Masseschuld sind. Da aber der Prozeß ein Ganzes bildet und der Verwalter, indem er eintritt, stillschweigend das vorher Geschehene sozusagen ratihabirt (denn wenn er nicht mit dem bisherigen Verhalten des Gemeinschuldners einverstanden wäre, müßte er ablehnen), so glaube ich, hat die Masse im supponirten Falle alle Kosten zu tragen[30]).

l. (gegen den Gemeinschuldner).

Die Gränzen dieses allgemeinen Ausdruckes sind:

Daß der Prozeß einen zur Masse gehörigen Gegenstand betreffen muß, und daß er nicht eine persönliche Forderung betreffen darf.

Es bleiben somit übrig: 1) die Rechtsstreite, in welchen vom Schuldner die Herausgabe eines Gegenstandes gefordert wird und welche nach Eröffnung des Konkurs-Verfahrens zu Aussonderungsansprüchen werden; ferner 2) die Rechtsstreite, in welchen vermöge binglichen oder diesem gleich geachteten Rechtes die Befriedigung aus einem bestimmten Objekte gegen den Schuldner verlangt wird[31]) und welche nach Eröffnung des Konkursverfahrens zu Absonderungsansprüchen werden und endlich 3) die Rechtsstreite, in welchen vom Gemeinschuldner die Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages verlangt wird, und welche nach Eröffnung des Konkursverfahrens zu Masseschuld-Ansprüchen werden.

m. (Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse).

Die Bestimmungen, welche der Titel IV hinsichtlich der Aussonderungsansprüche gibt, müssen natürlich im Allgemeinen auch dann gelten, wenn über diesen Anspruch bereits vor Eröffnung des Konkurses ein Rechtsstreit anhängig war. Indessen wird die „Rechtshängigkeit" doch einzelne besondere Modifikationen nach sich ziehen, welche bei Erläuterung des obigen Titels zu erörtern sein werden[32]).

---

30) Dies scheint die Ansicht der Motive (S. 43), die sich etwas undeutlich ausdrücken, und auch die Aeußerung des Regierungskommissärs Hagens (K. Pt. S. 98) dürfte so zu verstehen sein. Ebenso argumentiren Hullmann S. 85 Nr. 11, v. Wilmowski S. 93 Nr. 4 a. E. Anderer Meinung ist Fitting §. 7 Note 18, welchem Eck in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 28 S. 397 beistimmt.

31) Ueber den in dem §. 45 der KO. behandelten Fall siehe lit. n.

32) „Als Prozeß über einen Aussonderungsanspruch erscheint auch der Streit über eine Dienstbarkeit, welche der Prozeßgegner an einer Sache des Gemeinschuldners in Anspruch nimmt, sei es, daß dieser konfessorisch, oder jener negatorisch als Kläger aufgetreten war". Fitting §. 7 Note 9.

n. (auf abgesonderte Befriedigung gerichtet sind).

Dieser allgemeine Ausdruck wird etwas zu limitiren sein, und zwar so, daß die in der ersten Alternative stehenden Worte: „aus der Konkursmasse" herabgezogen werden. Wenn vor Eröffnung des Konkurses gegen den Gemeinschuldner eine Hypothekenklage anhängig gemacht ist (§. 39)[33], oder der Hausherr den Kridar, weil er den Miethzins schuldig geblieben war, verklagt und dessen Möbel beschlagnahmt hatte (§. 40 und 41), oder von dem Compagnon des Gemeinschuldners wegen seiner für die Firma gemachten Reise aus der Geschäftskasse Zahlung bei Gericht eingeklagt worden war (§. 44), so haben die Konkursgläubiger ein wesentliches Interesse, wie der Prozeß ausgeht. Ebenso sind sie betheiligt, wenn der Gemeinschuldner bereits vor der Konkurseröffnung ein Legat, das er aus einer erworbenen Erbschaft bezahlen soll, als ungültig erklärt und deshalb vom Vermächtnißnehmer belangt worden ist (§. 43). In allen diesen Fällen mindert sich die Masse, wenn der Prozeß verloren wird, und die Befugniß zu solchen Verfügungen ist in §. 5 der KO. dem Gemeinschuldner ganz allgemein entzogen, sie muß also auf den Konkursverwalter übergehen. Diese Rechtsstreite werden demnach allerdings unter den §. 9 fallen[34]).

Dagegen können nach diesem Paragraphen nicht wohl diejenigen Absonderungsfälle behandelt werden, welche in §. 45 der KO. aufgeführt sind. Denn wenn ein Rechtsstreit über ein Lehen, ein Fideicommiß oder Stammgut anhängig ist, so sind an dessen Ausgang die Konkursgläubiger gar nicht interessirt oder es geht sogar ihr Interesse dahin, daß der Gemeinschuldner den Prozeß verliert. Das Erste ist der Fall, wenn es sich um die gegen den Schuldner betriebene Existenz eines Anspruches überhaupt handelt; ob z. B. eine Fideicommißschuld von 10,000 Mk. besteht oder nicht, kann den Konkursgläubigern höchst einerlei sein, denn ihnen haftet das Fideicommiß doch nicht; wenn also die Forderung abgewiesen wird, mehrt sich die Masse nicht, und dringt sie durch, so mindert sie sich nicht. Handelt es sich dagegen nur darum, ob diese Forderung auf dem Fideicommisse haftet oder nur eine persönliche ist, so bekommen, wenn der Schuldner obsiegt und die Forderung als mit dem Fideicommisse nicht zusammenhängend abgewiesen wird, die Konkursgläubiger einen Konkurrenten mehr. Den Prozeß aber,

---

33) Ueber den Fall, daß ein solcher Rechtsstreit bereits in der Exekution steht, vgl. unten §. 11 lit. b und c.

34) Auch der Prozeß, in welchem der Gegner den Anspruch auf Belastung eines zur Masse gehörigen Objektes mit Hypothek behauptet, gehört hieher, sei es daß er klagend das Bestehen einer solchen durchsetzen will oder der Gemeinschuldner auf Löschung geklagt hat.

dessen Verlust den Gläubigern nützt, kann man dem Vertreter der Masse nicht übertragen, das ginge gegen die Logik. Ich lese also den §. 9 so: „Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den Gemeinschuldner anhängig und auf Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse oder auf abgesonderte Befriedigung aus derselben gerichtet sind" u. s. w.

o. (welche als Masseschuld zu erachten ist).

Auch dieser Ausdruck ist zu allgemein; über diejenigen Ansprüche, welche in §. 52 Ziff. 1 und Ziff. 3 als Masseschulden erklärt sind[35]), kann vor Eröffnung des Konkurses überhaupt kein Rechtsstreit anhängig sein. Es bleibt also nur der in Ziff. 2 erwähnte Fall eines zweiseitigen Vertrages.

p. (von dem Konkursverwalter).

Die Stellung des Verwalters zu den Rechtsstreiten, die in §. 9 behandelt werden, ist wesentlich von derjenigen verschieden, die ihm in den (in §. 8 besprochenen) Aktivprozessen zusteht. Bei den letzteren kann er allerdings auf den etwaigen Gewinn für die Masse verzichten; bei den Passivprozessen des §. 9 will aber der Gegner Etwas aus der Masse, der Konkursverwalter muß also entweder das Verlangte herausgeben, das heißt: den Anspruch des Gegners anerkennen, oder streiten, das heißt: den Prozeß aufnehmen. Die dritte Alternative, nämlich daß der Konkursverwalter dem Gemeinschuldner die Fortführung des Rechtsstreites auf eigene Wag und Gefahr anheimgibt, enthält immer die erste bereits in sich. Setzen wir z. B.: Frau v. A prozessirt mit B über die Herausgabe eines ihr angeblich von C vermachten Brillantschmuckes, den ihr B unberechtigter Weise vorenthalte, oder Gastwirth A hält dem B einen Koffer mit Kleidern zurück und streitet mit ihm vor Gericht wegen Zahlung seiner Zeche, oder Posthalter A hat gegen B Klage auf vertragsmäßige Uebergabe des von ihm erkauften Pferdes gestellt[36]); B geräth in Konkurs; der als Konkurs-Verwalter aufgestellte D kann nun erklären: „die A haben Unrecht, sie haben keinen Anspruch auf die fraglichen Gegenstände, diese gehören zur Masse, ich führe die Prozesse fort"; oder er kann sagen: „sie haben Recht, sie sollen die Sachen nehmen", oder er kann auch sich begnügen, zu erklären: „er wisse nicht, ob A oder B Recht habe, er überlasse es dem Letzteren, die Sachen

35) Die Ansprüche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters, sowie die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse setzen begriffsgemäß das Vorhandensein eines Konkursverwalters und einer Masse voraus, was eben nur, nachdem der Konkurs bereits eröffnet ist, thatsächlich möglich ist. Die Motive zum I. E. S. 61 sprechen die im Texte gegebene Einschränkung ausdrücklich aus.

36) Dies sind, wie oben erwähnt, die drei Kategorien von Passivprozessen, die der §. 9 allein im Auge hat.

abzuwickeln". Allein in diesem Falle erklärt er offenbar zugleich (ebenso wie im zweiten Falle), er lasse Brillantschmuck, Koffer und Pferd außerhalb der Masse, und damit erkennt er das Aussonderungsrecht, das Absonderungsrecht, die Masseschuld an. Dieses Anerkenntniß präjudizirt dem Schuldner; der Kridar kann in Folge der Vorschrift des §. 5 nicht demohngeachtet behaupten, die fraglichen Gegenstände gehörten doch zur Masse, denn hierüber hat er keine Entscheidung. Da nun aber diese Gegenstände, wenn die Gegner des Gemeinschuldners überhaupt kein Recht an denselben haben, da sie nicht ihnen gehören, zur Masse gehören müßten[37]), so ergibt sich, daß kein Raum für die Fortführung eines Rechtsstreites bleibt, der das Recht der Gegner auf Befriedigung aus den fraglichen Gegenständen verneint, und doch zugleich verneint, daß die Prozeßobjekte den Konkursgläubigern als Befriedigungsmittel dienen sollen[38]). Die Gegner wären hiebei überdies in der Lage, gegen einen Beklagten zu streiten, der ihnen nicht einmal, wenn er verliert, die Kosten zahlen darf; und wer sollte in der Zwischenzeit die Gegenstände in Besitz haben?[39])

q. (von dem Gegner).

Der erste Entwurf (§. 13 Abs. II) befolgte ein anderes System; er setzte fest, daß „falls der Konkursverwalter einen solchen Rechtsstreit nicht aufnehme, der Klaganspruch für anerkannt gelte". Es ist nun allerdings richtig, daß [wie die Motive zum I. E. (S. 61) sich ausdrücken] der Verwalter den Kläger nicht auf einen neuen Prozeß über denselben Anspruch verweisen kann, den er nun gegen ihn, den Verwalter, noch einmal anzustellen hätte; denn den Kläger kann die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beklagten in der Geltendmachung seiner Rechte nicht beeinträchtigen, sie kann ihm weder den Zeitverlust noch die Kosten eines neuen Prozesses auferlegen. Hatte der Gemeinschuldner sich bisher schlecht ver-

37) Denn nach §. 1 umfaßt das Konkursverfahren das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm gehört.

38) Man beruft sich für diese weitere Wirkung auf eine Aeußerung des Regierungsvertreters Hagens in den Verhandlungen (K. Prt. S. 11). Allein mit Recht macht Meisner (S. 57) aufmerksam, daß sich diese Aeußerung auf die Fassung des Entwurfes, der ja geändert wurde, bezogen hat.

39) v. Sarwey S. (41) 51 ist anderer Ansicht; allein obwohl Fitting §. 9 Note 10, Schultze S. 95, Stieglitz S. 64, Wengler S. 115 sich ihm anschließen und sehr gewichtige Gründe dafür vorbringen, daß auch dem Gemeinschuldner die Prozeßaufnahme zugestanden werden müsse, kann ich doch ohngeachtet wiederholter Prüfung meine Meinung nicht als irrig erkennen. Mit mir stimmen überein: Hullmann S. 81, Meisner S. 56 Note 11, Petersen S. 62, v. Wilmowski S. 99.

theidigt, so muß die Masse sich — vorbehaltlich eines etwaigen Anfechtungsrechtes wegen doloser Kollusion — solches gefallen lassen. Ebenso ist es von vorneherein klar, daß man in denjenigen Passivprozessen, von welchen hier die Rede ist, nicht bei einer Ablehnung der Aufnahme des Rechtstreites Seitens des Konkursverwalters dem Gemeinschuldner die Fortführung mit Wirkung für die Masse gestatten kann; dies würde dem Grundsatze, daß der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkurses nicht mehr zum Nachtheile der Masse handeln könne, geradezu widerstreiten. Was soll also die Folge sein, wenn der Konkursverwalter die Fortsetzung eines solchen Rechtsstreites nicht aufnimmt? An und für sich müßte derselbe liegen bleiben bis nach Beendigung des Konkurses; allein hierin würde eine unbillige Beschwerung des Klägers liegen, wofür kein Anlaß besteht, und deshalb hat das Gesetz[40]) ihm die Befugniß eingeräumt, seinerseits den Prozeß aufzunehmen. Hiebei wird dann nicht mehr der Gemeinschuldner, sondern der Konkursverwalter sein Gegner, und wenn derselbe unterliegt, erwirbt der Gegner gegen ihn[41]) (das heißt gegen die vom Verwalter vertretene Masse) einen vollstreckbaren Titel. Wie weit dieser Titel auch gegen den Gemeinschuldner (z. B. nach Beendigung des Konkurses) wirksam sein wird, ist oben (S. 168) erörtert. Wenn daher z. B. der Verwalter zur Herausgabe des oben erwähnten Brillantschmuckes verurtheilt ist, dieser Schmuck ist aber noch in Händen des Gemeinschuldners, so kann allerdings auf Grund des vollstreckbaren Titels auch diesem das Prozeßobjekt abgenommen werden. Ebenso auch dann, wenn der Verwalter den Aussonderungsanspruch freiwillig anerkennt. Dagegen würde z. B. auf Grund eines solchen Anerkenntnisses nicht der Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkurses zur Ersatzleistung für den in natura nicht mehr vorhandenen Schmuck verurtheilt werden können[42]). Dies ist in den Kommissionsverhandlungen mit der Ausdehnung konstatirt worden, daß sogar ein ohne Aufnahme des Prozesses von dem Verwalter abgegebenes Anerkenntniß des Klageanspruches den Gemeinschuldner, wenn der Kläger gegen ihn den Prozeß aufnimmt, verpflichte[43]).

r. (sofort).

Dieses Wort wird nicht auf die Konkurseröffnung zu beziehen sein, so daß der Verwalter genöthigt wäre, selbstthätig vorzugehen und dem Prozeß-

---

40) „Dem Verlangen auf Prozeß-Aufnahme kann der Gegner des Aufnehmenden — mag es der Verwalter oder sein Gegner sein — den Einwand entgegensetzen, daß der Fall des §. 9 nicht vorliegt". v. Wilmowski S. 98.

41) Auf einen nachträglichen Antrag des Abg. v. Bahl vgl. K. Prt. S. 98.

42) Aeußerung des Regierungsrathes Hagens K. Prt. S. 98.

43) Aeußerung des Regierungsrathes Hagens Prt. S. 11.

gegner ein Anerkenntniß entgegen zu tragen, sondern auf die Annahme des Rechtsstreites durch den Gegner. Das „sofort" heißt also: „auf die nach §. 228 der CivPO. von dem Gegner an den Konkursverwalter erfolgte Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen ersterer die Aufnahme des durch den Konkurs unterbrochenen Verfahrens erklärt [44])". Der Gegner kann übrigens diese Zustellung alsbald nach der Konkurseröffnung, sobald nämlich ein Verwalter bestellt ist [45]), bethätigen; er braucht nicht zu warten, ob dieser Verwalter ablehnt (wie dies im Falle des §. 8 nothwendig ist).

s. (so fallen ihm die Prozeßkosten nicht zur Last).

Wie oben erwähnt, war im I. E. das Prinzip aufgestellt, daß, falls der Konkursverwalter den Prozeß nicht aufnehme, der Klaganspruch für anerkannt zu erachten sei; die bisherigen Kosten wären dann ihm zur Last gefallen [46]); da seine Nichtaufnahme, also seine Handlung der Grund gewesen wäre, daß der Gegner obsiegt. Dies ist nun anders, und es ist dreierlei zu unterscheiden: 1) nimmt der Verwalter den Rechtsstreit nicht auf und läßt ihn auch der Gegner liegen, so hat letzterer auf den Kostenersatz keinen Anspruch; 2) erkennt der Verwalter den Anspruch des Gegners sofort an, so fallen ihm die Kosten nicht zur Last [47]); 3) nimmt der Gegner den Prozeß auf und erwirkt ein obsiegliches Urtheil, so sind die Kosten (nach §. 52 Ziff. 1) Masseschulden, jedenfalls soweit sie vor dieser Aufnahme erwachsen sind [48]). Bestritten wird ob sich dies auch auf die fortan erwachsenden Kosten beziehe [49]). Dem obsiegenden Gegner können aber die späteren Kosten doch wohl nicht zur Last fallen, sie müssen immer dem unterliegenden Theil überbürdet bleiben. Nachdem nun (wie unten lit. g erörtert) der Verwalter als prozeßführende Partei erscheint, falls er den Anspruch nicht sofort anerkennt, bin ich der Ansicht, daß im supponirten Falle alle Kosten Masseschulden werden.

---

44) Diese Frist wird sich erweitern müssen, wenn §. 121 Ziff. 2 in Frage kommt.

45) Sei er nach §. 70 ernannt, oder nach §. 72 gewählt.

46) Motive zum I. E. S. 61. „Dem Gegner können die Kosten des bisherigen Prozesses nicht auferlegt werden".

47) Dieselben müssen dann wie im oben (lit. k Note 38) erörterten Falle behandelt werden.

48) Wenn man kann sagen, sie seien „aus einer Handlung des Konkursverwalters entstanden", weil er den Anspruch nicht anerkannt hat.

49) So sagte z. B. Abg. v. Bahl (K. Prt. S. 98): „durch die Prozeßführung sollen der Masse keine Kosten erwachsen".

§. 10.

Verfolgung der Konkursforderungen.

Konkursgläubiger[a]) können ihre Forderungen auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse[b]) nur nach Maßgabe der Vorschriften für das Konkursverfahren[c]) verfolgen.

I. E. §. 14; II. E. §. 10; P. H.-E. Art. 704 Abs. 1; P. K.-O. §. 8; B. P.-O.

a. (Konkursgläubiger).

Der vorstehende Paragraph bezieht sich nicht auf alle Gläubiger des Gemeinschuldners, sondern nur auf die „Konkursgläubiger". Konkursgläubiger aber im Sinne des Gesetzes ist, wie bereits oben (S. 111) erörtert wurde, jeder persönliche Gläubiger eines in Konkurs Verfallenen, sofern ihm ein Aussonderungs- oder Absonderungsrecht nicht zur Seite steht und soweit sein Anspruch an das vom Konkursverfahren ergriffene Vermögen des Gemeinschuldners geht, ohne Unterschied, ob er sich im Konkurse gemeldet hat oder nicht. Diese letztere Thatsache ist demnach auch ohne Einfluß auf seine rechtliche Stellung in Bezug auf dasjenige schuldnerische Vermögen, welches zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger dient; er kann seine Lage keinesfalls dadurch verbessern, daß er sich den übrigen Gläubigern nicht anschließt, im Gegentheile: er setzt sich dadurch (wie man im gemeinen Leben sagt) zwischen zwei Stühle; denn dadurch, daß er sich im Konkurse nicht gemeldet hat, ist er bei Vertheilung der Masse im Wege des Konkursverfahrens ausgeschlossen und der anderweitige Zugriff auf die Masse ist ihm durch die anziehende Kraft des Konkursverfahrens, durch die gemeinrechtliche vis attractiva concursus, welche der §. 10 ausspricht, verschlossen[1]). Indessen gezwungen zum Anschlusse wird Niemand.

---

1) v. Sarwey S. (43) 52 bemerkt, die Deutsche Konkursordnung kenne die vis attractiva im Sinne des gemeinrechtlichen Konkurses nicht, er bezieht sich zur Begründung dieser Ansicht auf §. 134 der KO.; die Motive zu diesem Paragraphen (S. 365) sagen allerdings, es sei die vis attractiva nur in beschränkter Weise zugelassen. Allein die vis attractiva bestand nach der richtigen Ansicht auch nach Gemeinem Rechte nicht darin, daß alle im Konkurse nicht angemeldeten Forderungen erloschen wären oder daß wenigstens alle Prozesse gegen den Gemeinschuldner an das Konkursgericht als einziges forum zur Entscheidung hätten abgegeben werden müssen, sondern diese anziehende Kraft bewirkte nur: 1) daß jeder Gläubiger, falls er Befriedigung aus dem gemeinsamen Vermögen beanspruchte, diese nur durch das

b. (aus der Konkursmasse).

Nach der vom Berliner Obertribunale der Pr. KO. gegebenen Auslegung[2]) konnte ein persönlicher Gläubiger während des Konkurses nur im Konkursverfahren eine Befriedigung anstreben. Hatte er sich am Konkurse nicht betheiligt, so konnte er überhaupt, so lange derselbe dauerte, gegen seinen Schuldner Nichts unternehmen. Dieses ist durch die Deutsche KO. geändert. Dadurch, daß §. 10 die Worte eingefügt hat: „aus der Konkursmasse", wird klar gestellt, daß das Recht auch des persönlichen Gläubigers als solches davon, ob er am Konkursverfahren Antheil nimmt oder nicht, nicht berührt wird, es bleibt unverändert fortbestehen. Ein solcher Gläubiger kann sowohl nach als während des Konkurses allein und selbstständig gegen seinen Schuldner[3]) vorgehen; er kann ihn bei dem zuständigen Gerichte verklagen, er kann ein Urtheil gegen ihn erwirken, er kann sogar für dieses Urtheil die Vollstreckbarkeit in abstracto erwirken. Nur geht seine Befugniß nicht weiter; eine Vollstreckung an der Person ist nach heutigem Rechte unzulässig, und ein Vermögen, an welchem die Vollstreckung stattfinden könnte, ist nicht vorhanden. Denn soweit durch die Eröffnung des Konkursverfahrens das Vermögen des Gemeinschuldners von dem Konkurse und für den Konkurs ergriffen wird, ergibt sich nothwendig hieraus, daß Niemand mehr aus diesem Vermögen Etwas erlangen kann, der nicht am Konkursanspruch Antheil hat, und diesen Antheil erlangt jeder persönliche Gläubiger nur durch die Theilnahme am Konkursverfahren. Soweit aber freies Vermögen, das nicht zur Masse gehört, in Frage kommt, steht die Bestimmung des §. 11 der KO. entgegen.

Wie verhält es sich nun, wenn die Forderung des persönlichen Gläubigers bereits im Rechtsstreite begriffen ist? Die Motive[4]) verlangen nur eine Erklärung des Klägers, daß er den Prozeß ohne Bezug auf die Konkursmasse lediglich gegen den Gemeinschuldner „fortsetzen" wolle, aber eine speziell dahin gerichtete Erklärung. Hienach also würde der Prozeß nur fortgesetzt und wäre eine eigentliche „Aufnahme" nicht nothwendig. Allein ein solcher Prozeß betrifft an sich die Konkursmasse[5]); er wird also nach §. 218 der CivPO. unterbrochen und muß entweder liegen bleiben, oder

---

Konkursgericht erlangen konnte, und 2) daß derselbe, auch wenn er bereits bei einem anderen Gerichte geklagt hatte, dennoch im Liquidationstermine erscheinen und seine Forderung bei dem Konkursgerichte geltend machen mußte.

2) Vgl. Striethorst Bd. 21 S. 341, Bd. 31 S. 348, Bd. 33 S. 215, Bd. 38 S. 77.

3) Nicht aber etwa gegen den Verwalter siehe lit. c.

4) Zum II. E. S. 49.

5) Es ist ein Aktivprozeß gegen die Passivmasse.

wieder aufgenommen werden[6]). Die Wiederaufnahme kann nicht in der Richtung gegen die Konkursmasse stattfinden, sie richtet sich also auch ohne weitere Erklärung[7]) nur mehr gegen den Gemeinschuldner, abgesehen von dieser seiner Qualität[8]). Somit kann sie naturgemäß nur zur Feststellung des Rechtsverhältnisses, nicht zum Befehle auf Zahlung führen[9]).

c. (nach Maßgabe der Vorschriften für das Konkursverfahren).

Es ließe sich denken, daß dem einzelnen Gläubiger, welcher seine Forderung zum gemeinsamen Verfahren nicht anmeldet, die Befugniß eingeräumt bliebe, gegen den Schuldner zu klagen oder seine Klage, soferne sie bereits anhängig ist, fortzusetzen und wenn dieselbe beendet ist, ein etwaiges obsiegliches Urtheil gegen die Masse in Vollzug zu setzen[10]). Diese Rechtsgestaltung aber würde dem Gemeinschuldner, welchem doch jede Disposition über das zur Konkursmasse gewordene Vermögen entzogen ist, die Möglichkeit gewähren, über diese Masse auf einem Umwege (durch betrügliche Geständnisse, Terminsversäumung u. s. w.) zu Gunsten eines einzelnen Gläubigers zu disponiren. Man hat deshalb, um diesem Uebelstande auszuweichen, versucht[11]), durch Beiziehung der Gläubigerschaft zu dem Spezialprozeß Abhülfe zu schaffen, allein, wie die Motive (mit Recht) bemerken, „in einem Verfahren zur Geltendmachung einer Konkursforderung in Bezug auf die Masse findet der Gemeinschuldner keine Stelle“ weder als Hauptpartei noch als Nebenpartei.

Daraus ergibt sich, daß die gemeinsame und allgemeine Feststellung

---

6) Anderer Ansicht v. Wilmowski S. 101, welcher annimmt, durch die Erklärung des Klägers, daß er mit diesem Prozesse nicht Befriedigung aus der Masse verlange, stelle sich der Prozeß als ein nicht die Konkursmasse betreffender dar, und falle nicht unter §. 218 der CivPO.

7) Fitting §. 7 Note 14 u. Hullmann S. 87 verlangen sogar einen vollständigen Verzicht auf die Theilnahme am Konkursverfahren. Allein dies ist nirgends im Gesetze vorgeschrieben.

8) Anderer Ansicht v. Wilmowski a. a. O., weil eine Klage ohne Restriktion gegen §. 10 verstoßen würde. Allein gegen diesen Paragraphen würde die Klage nur verstoßen, wenn sie „auf Befriedigung oder Sicherstellung aus der Konkursmasse“ ausdrücklich gerichtet wäre. Die Klage an sich ist neutral, erst das Verlangen der Vollstreckung würde gegen §. 11 verstoßen.

9) Vgl. das Erk. des ROHG. v. 9. Januar 1874 Bd. XII S. 404.

10) So ist es nach Amerikanischem Rechte mit der Modifikation, daß die Zulassung des Vollzuges von der Zustimmung des Konkursgerichtes abhängt. (Motive.)

11) Z. B. in Baden, Frankreich und Belgien.

der Forderungen eine Nothwendigkeit ist, und daß daher ein jeder Gläubiger, welcher bei der Theilung der Konkursmasse mitthun will, auch an dem Verfahren Theil nehmen, seine Forderung, selbst wenn sie bereits rechtshängig und sogar wenn sie rechtskräftig sein sollte, anmelden und der gemeinschaftlichen Prüfung hinsichtlich ihrer Richtigkeit und ihres Ranges unterwerfen muß. „Und wenn dieses Verfahren selbst auf sicherer Grundlage fortschreiten soll, so ist es nothwendig, anzuordnen, daß eine Forderung, indem sie einmal angemeldet und festgestellt worden, eine Abänderung im Laufe des Verfahrens nicht erleiden darf". (Motive.)

Wie bei §. 134 der KO. erörtert werden wird, ist durch die oben gegebene Bestimmung nicht ausgeschlossen, daß, wenn die behufs Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse im Konkurse angemeldete Forderung ganz oder theilweise vom Konkursverwalter, oder von einem anderen Konkursgläubiger, oder auch vom Gemeinschuldner bestritten wird, der Betheiligte auf Grund und im Verfolg der Anmeldung den Prozeß in der Höhe des bestrittenen Betrages fortsetze, vorbehaltlich seines Rechtes, seinerzeit aus der Masse Befriedigung zu erhalten, welches eben durch die Anmeldung im Konkurse gewahrt ist. Bei der Fortsetzung des Prozesses sind die vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgten Prozeßhandlungen und Feststellungen, soweit sie nicht der Anfechtung nach Titel III der KO. unterliegen, maßgebend.

Die Bestimmung des §. 10 trifft übrigens alle Forderungen, soferne sie überhaupt im Konkurse Befriedigung suchen; also auch solche, welche nicht civilrechtlicher Natur sind, wie z. B. die Steuerforderungen und ähnliche. Im Falle ihrer Bestreitung werden sie dann natürlich in demjenigen Verfahren und vor denjenigen Behörden ausgetragen, nach welchem und von welchen sie gemäß landesgesetzlicher Vorschrift behandelt werden müssen[12].

§. 11.

Exekutionsfreiheit des Gemeinschuldners.

Während der Dauer des Konkursverfahrens[a]) finden Arreste und Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger[b]) weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen[c]) des Gemeinschuldners statt.

I. E. §. 15; II. E. §. 11; Pr. H.-E. Art. 709; Pr. K.-O. §. 9; B. P.-O. Art. 1218.

a. (Während der Dauer des Konkursverfahrens).

Der erste Entwurf hatte sich in §. 15 des Ausdruckes bedient: „Nach

12) Motive S. 49.

Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens", wodurch der Anschein entstand, als sollte der Gemeinschuldner durch den Konkurs überhaupt exekutionsfrei werden. Indem die Gesetzgebung diese Worte änderte und ausdrücklich nur die Dauer des Konkursverfahrens genannt wurde, ist ein Doppeltes anerkannt: einmal, daß in allen vorbereitenden Stadien des Konkurses eine Hemmung der Einzelexekutionen nicht stattfindet. Wenn also auch ein Schuldner bei Gericht seine Insolvenz bereits angezeigt hat, so kann doch jeder Gläubiger noch einen Arrest gegen ihn erwirken; wenn auch der Gläubiger A den Antrag auf Eröffnung des Konkurses über den B bei Gericht gestellt hat, kann doch der Gläubiger C die bereits angesetzte Versteigerung der im Wege der Zwangsvollstreckung beschlagnahmten Effekten durchführen lassen u. s. w. An diesem allgemeinen Satze ändert auch eine vom Gericht nach §. 98 der KO. zur Sicherung der Masse getroffene einstweilige Anordnung Nichts. Gesetzt den Fall, der Weinhändler Zetmeyer hätte sich insolvent erklärt und darauf wäre ohne Konkurseröffnung vorsorglich die von ihm betriebene Kellerwirthschaft gesperrt worden, so kann doch der Delikatessenhändler Ameyer, welcher ein vollstreckbares Wechselerkenntniß gegen Zetmeyer in Händen hat, das Inventar im gesperrten Keller pfänden lassen. Selbst wenn vom Gerichte an den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ein allgemeines Veräußerungsverbot erlassen wurde, unterliegt er noch immer der Exekution[1]), und auch die öffentliche Bekanntmachung dieses Verbots ist noch nicht entscheidend; denn nach dem citirten §. 98 und §. 12 bewirkt diese Bekanntmachung nur soviel, daß von da an Pfand- und Hypothekenrechte an Konkursgegenständen mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger nicht erworben werden können; an dem nicht zur Konkursmasse gehörigen schuldnerischen Vermögen kann also ohngeachtet des Veräußerungsverbotes ganz allgemein die Exekution stattfinden, an Konkursgegenständen können gegenüber Dritten, die nicht Konkursgläubiger sind (denn §. 12 spricht nur von diesen), gleichfalls noch alle Rechte mittelst Exekution erlangt werden und endlich kann der Betreibende Rechte für den Fall, daß der Konkurs nachträglich nicht eröffnet wird, erzielen[2]). Das Gesetz hätte, wenn es dies nicht gewollt, entweder bei dem vorliegen-

---

1) Dies wird von Einigen nach meiner Meinung zu allgemein verneint; ich glaube, ein solches Verbot kann nur die Thätigkeit des Schuldners einschränken, nicht aber die Rechte dritter Personen beschränken, wenigstens nicht weiter, als im Gesetze ausdrücklich erklärt wird. Wie weit die Exekution den Rechten der späteren Konkursgläubiger präjudiziren kann, ist eine andere Frage.

2) Gerade deshalb besteht ein erhebliches Interesse, die Exekution nicht zu sistiren.

den Paragraphen einen anderen Ausdruck wählen, oder bei §. 98 nicht blos den §. 12, sondern auch den §. 11 in Bezug nehmen müssen; da keines von beiden geschah, erachte ich die obige Auslegung für geboten.

Der andere wichtige Grundsatz, welchen die oben bemerkte Aenderung in der Fassung des Gesetzes andeutet, ist, daß mit dem Ende des Konkurses auch jede Exekutionsfreiheit des Schuldners ihr Ende erreicht. Das Nähere hierüber wird bei §. 152 der KO. zu erörtern sein.

b. (zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger).

A. Nach dem Begriffe des Konkurses äußert derselbe seine ausgleichende Natur (vgl. oben S. 52) nur gegenüber denjenigen Gläubigern, deren bisherige einzelne Ansprüche in den Konkursanspruch zusammenlaufen; wer nicht zu den „Konkursgläubigern" gehört, der ist in seinem Vorgehen gegen den Schuldner oder dessen Vermögen nicht gehemmt; die Aussonderungsberechtigten, die Absonderungsberechtigten, die Massegläubiger sind befugt, auch nach der Eröffnung des Konkursverfahrens und während seiner Dauer die Zwangsvollstreckung zu betreiben; denn es ist selbstverständlich, daß ein Kläger, welcher (wie die soeben genannten) die Erfüllung seines Anspruchs unbehindert von dem Konkursverfahren zu verlangen berechtigt ist, auch nicht in seinen Mitteln hiezu beeinträchtigt sein darf. Wenn also z. B. der A in seinem Prozesse gegen den B wegen Herausgabe eines Diamantringes, welchen B in Verwahr hatte und von welchem A behauptet, daß er ihm vom Eigenthümer D vermacht worden sei, ein obsiegliches Erkenntniß erlangt hat und nun B in Konkurs geräth, bei der Massainventirung aber sich der Ring nicht vorfindet, so kann der Vindikant A nach §. 769 der Civ. PO. den Gerichtsvollzieher zu B schicken, seine Wohnung und ihn selbst durchsuchen lassen und ihm den Ring abnehmen. Oder der mit seinem Allod in Konkurs befindliche Fideicommißbesitzer X ist verurtheilt, in das zum Fideicommisse gehörige Haus die Balken des, einen Neubau aufführenden, Nachbarn einfügen zu lassen, X läßt aber diese Balken hartnäckig absägen; hier schützt ihn die Exekutionsfreiheit nicht, er kann nach §. 775 der Civ.PO. auf Antrag seines servitutberechtigten Nachbarn sogar in Personalhaft [2a]) genommen werden [3]).

2a) Hellmann, Civilprozeßordnung Abth. III S. 140 ff., S. 240 ff. Vgl. Bezold Aufhebung der Schuldhaft. S. 75 ff. (I Theil Bd. I u. III dieser Sammlung. D. R.

3) Das Französische und ihm folgend das Belgische Recht hat geglaubt, von diesem Grundsatze zu Gunsten der Konkursgläubiger insoweit eine Ausnahme machen zu sollen, daß den in §. 41 der KO. den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Forderungen ihr Recht auf gewisse Gegenstände zu greifen sistirt wird; nachdem die KO. dieses System nicht adoptirt hat (vgl. Motive zum II. E. S. 50), wird man also auch den soeben bezeichneten Gläubigern die

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, welche Stellung die in §. 56 Ziff. 3 und 4 der KO. bezeichneten Gläubiger zu §. 11 einnehmen. Wer eine Geldstrafe zu fordern oder einen Anspruch aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen zu machen hat, gehört begrifflich (wie auf S. 111 bemerkt) nicht zu den Konkursgläubigern, denn §. 56 besagt ausdrücklich: „ihre Ansprüche können im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden"; der §. 2 erklärt als Konkursgläubiger nur diejenigen, „zu deren gemeinschaftlicher Befriedigung die Konkursmasse dient"; wer überhaupt Nichts im Konkurse fordern darf, kann unmöglich „Konkursgläubiger" heißen. Es frägt sich also: wie verhält sich das Verbot des §. 11 zu diesen Gläubigern? Daß sie während der Dauer des Konkursverfahrens Arreste und Zwangsvollstreckungen in das zur Konkursmasse gehörige Vermögen nicht erwirken können, ist klar, denn diesem steht der Eingang des §. 56 der KO. entgegen. Können sie sich aber etwa an das vom Gemeinschuldner während des Konkurses neu erworbene Vermögen halten? Ein ausdrückliches Verbot enthält die Konkursordnung nicht. Nachdem jedoch den Motiven zu §. 11 zufolge nur die neuen Gläubiger sich an den neuen Erwerb sollen halten dürfen, zu den neuen Gläubigern aber die oben bezeichneten offenbar nicht gehören; nachdem ferner Diejenigen, welche hinter allen in §. 2 bezeichneten persönlichen Gläubigern im Konkursverfahren zurückstehen müssen, nicht nebenher wieder besser als diese gestellt sein dürfen, so glaube ich, daß in §. 11 der Ausdruck „Konkursgläubiger" extensiv zu interpretiren ist, und diesen eigentlichen Konkursgläubigern, was das Verbot der Einzelexekutionen betrifft, auch die in §. 56 Ziff. 3 und 4 aufgeführten Gläubiger gleich zu behandeln sind[4]).

B. Das Gesetz sagt lediglich: „zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger"; denn die allgemeine Beschlagnahme der Masse und der Zweck, dieselbe unter die sämmtlichen Gläubiger gemeinsam zu vertheilen, hemmt naturgemäß das einzelne Vorgehen der Konkursgläubiger; das allgemeine Sicherungs- und Befriedigungsverfahren geht fort, aber der Einzelne darf in dasselbe nicht eingreifen.

Befugniß zur Zwangsvollstreckung, obwohl solche mitunter sehr präjudizirlich sein kann, nicht absprechen dürfen. Wenn demnach z. B. die Gläubigr beschlossen haben, das Weingeschäft des Kridars zu Gunsten der Masse fortbetreiben zu lassen, und der Hausherr macht dies unmöglich, weil er wegen rückständigen Miethzinses das Inventar (nach §. 41 Ziff. 4) wegnimmt, so haben sie dagegen keinen Einspruch.

4) Zu gleichem Resultate kommen v. Sarwey S 53, Stieglitz S. 68, v. Wilmowski S. 102, weil sie annehmen, daß diese Forderungen begrifflich zur Klasse der Konkursforderungen nach §. 2 gehören.

C. In welchem Stadium der einzelne Konkursgläubiger sich hinsichtlich der Betreibung seiner Forderung befindet, ist im Prinzipe gleich; der A, welcher den Gemeinschuldner wegen des Schuldscheines, den er gegen denselben in Händen hält, noch gar nicht aufgefordert hat, und der B, welcher auf Grund seines Schuldscheines bereits ein rechtskräftiges Urtheil erlangt hat, stehen hinsichtlich der Exekution, sobald der Konkurs eröffnet ist, auf derselben Stufe; keiner von beiden darf mehr einzeln vorgehen. Wie ist es aber, wenn ein Gläubiger bereits Exekution erwirkt hat, darf er sie nicht fortsetzen? Hier ist zu unterscheiden. So lange sich die Exekution im ersten Stadium befindet und noch nicht wirklich vollzogen ist, muß der Gläubiger alsbald, wenn der Konkurs eröffnet wird, innehalten; hatte z. B. der B bereits nach §. 663 der Civ.Pr.O. eine mit der Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung erhalten, diese dem Gerichtsvollzieher zum Behufe der Pfändung übergeben, der letztere wäre in die Wohnung des Schuldners gegangen, hätte diesen aufgefordert zu zahlen, und hätte, da er im Zimmer nichts Pfändbares gefunden, die Commode aber versperrt war, zum Schlosser geschickt, um das Behältniß auf Grund des §. 678 Alinea 2 der Civ.Pr.O. öffnen zu lassen [5]): und jetzt wäre der Konkurs über den Schuldner eröffnet worden, so tritt B in den Kreis aller übrigen Konkursgläubiger zurück, und darf nicht mehr allein vorgehen [6]).

Ist dagegen die Exekution weiter vorgeschritten und die Pfändung, [nach §. 712, 732 der Civ.Pr.O. Besitzergreifung [7]) von beweglichen Sachen durch

---

5) Selbst wenn der Gerichtsvollzieher eine Sache bereits behufs Pfändung in der Hand hatte, der Schuldner reißt sie ihm wieder weg und drängt den Gerichtsvollzieher zur Thüre hinaus, bleibt es bei der im Texte gegebenen Entscheidung.

6) Die früher in der Bayerischen Praxis auf Grund des oberapellgerichtlichen Plenarbeschlusses vom 11. Juni 1849 (RBl. S. 633) geübte Auslegung war bekanntlich dieser Anschauung direkt entgegengesetzt; zur Erzielung der bevorrechteten Stellung im Konkurse wurde damals für genügend erachtet, wenn die Pfändung überhaupt, sei es auch völlig fruchtlos, versucht worden. Der §. 23 Ziff. 8 der Prioritätsordnung ist inzwischen durch das Einf.-Ges. zur Prozeßordnung von 1869 (in §. 3 Ziff. 13) aufgehoben worden (vgl. auch Sammlung von Entscheid. des obersten Gerichtshofes für Bayern in Civilrechts- und Civilprozeßgegenst. Erlangen, Verlag von Palm u. Enke Bd. II S. 416 und Bd. V S. 987), und obwohl nun dieses Gesetz wieder beseitigt erscheint, ist doch jener Satz durch die K.O. und durch die neue Civ.Pr.O. jedenfalls derogirt.

7) Unter Umständen genügt die bloße mündliche Erklärung des Gerichtsvollziehers (§. 727 der Civ.Pr.O.).

den Gerichtsvollzieher, nach §. 730 Zustellung des Zahlungsverbotes an den Dritten [8])] bereits vollzogen, so findet das Verbot des §. 11 der KO. nicht mehr statt [9]). Aber nur deshalb, weil mit diesem Momente der Gläubiger aufhört, Konkursgläubiger zu sein, weil er in Gemäßheit des §. 709 der Civ.Pr.O. ein Pfandrecht erworben und damit in die Reihe der Absonderungsberechtigten eingetreten ist [10]); dies bewirkt, daß er von dem eröffneten Konkurse nicht betroffen wird und sein gesondertes Recht unbehindert von dem allgemeinen Konkursanspruche bis zu Ende verfolgen kann.

Einer Erwähnung bedarf noch der Fall einer bei Eröffnung des Konkurses bereits erwirkten Zwangsveräußerung einer unbeweglichen Sache. Ist dieselbe auf Anbringen eines dinglich Berechtigten erfolgt, so zeigt dieselbe allerdings nichts Besonderes; es finden hierauf dieselben Bestimmungen Anwendung, wie bei allen sonstigen Absonderungsrechten. Anders, wenn ein persönlicher Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt; hier ist zu unterscheiden, ob die (über Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nach §. 757 der Civ.Pr.O. vorbehaltenen) landesgesetzlichen Vorschriften festsetzen, daß die im Laufe der Exekution eintretende Beschlagnahme von Immobilien dem klagenden Theile ein Pfandrecht oder Privileg [11]) verschafft oder nicht [12]); im ersteren Falle ist wieder ein Absonderungsrecht in Frage

---

8) Es ist nicht nöthig, daß bereits die Ueberweisung der Forderung an den Gläubiger stattgefunden habe; die frühere Entscheidung des Berliner Obertribunals (vgl. Striethorst Bd. 46 S. 254, Entsch. Bd. 49 S. 372), wonach die nach der Konkurseröffnung verfügte Ueberweisung einer Forderung des Schuldners auf den Kläger die Konkursgläubiger nicht binde, läßt sich nach dem neuen Gesetze nicht mehr halten. Andrer Ansicht v. Wilmowski S. 103.

9) Das begonnene Zwangsvollstreckungsverfahren wird nicht einmal den Tod des Schuldners unterbrechen (§. 693 der Civ.Pr.O.).

10) Die Pr. KO. befolgte in dieser Hinsicht ein anderes System; der §. 9 enthielt im dritten Absatze die Bestimmung, „daß auch, falls der Termin zur Zwangsversteigerung behufs Befriedigung eines persönlichen Gläubigers bereits vor der Konkurseröffnung bestimmt war, der Verkauf doch nur zu Gunsten der Masse stattfinden könne". Eine ähnliche Bestimmung gibt Art. 1218 der B.Pr.O. Dies beruhte auf dem Grundsatze, daß die Exekution an sich kein Pfandrecht gebe (vgl. die Entsch. des Obertrb. zu Berlin in Striethorst Bd. 44 S. 247, B. 49 S. 363, Bd. 54 S. 262), was jetzt geändert ist.

11) Wie weit etwaige bloße Vorzugsrechte noch gültig sein würden, ist bei Erläuterung des Einführungsgesetzes zu erörtern.

12) Für Bayern (diesseits des Rheines) gewährt die Immission nach dem Hypothekengesetz §. 12 Ziff. 12 einen gesetzlichen Hypothektitel. Ist dieser zu Gunsten der Immittirten vor der Konkurseröffnung bereits vollzogen, so ge-

und der Konkurs auf die Fortführung seiner Geltendmachung ohne Einfluß. Andernfalls aber ist soviel gewiß, daß der nunmehr zum Konkursgläubiger gewordene persönliche Gläubiger die Exekution für sich nicht weiter fortsetzen kann; denn was er beanspruchen kann, derjenige Rest des Erlöses aus Immobilien, welcher zur Befriedigung der dinglichen Gläubiger nicht erforderlich ist, fällt in die Konkursmasse. Damit steht aber zugleich fest, daß der Verwalter nicht etwa in den Prozeß des bisherigen Gläubigers eintritt, sondern, da das Immobile im supponirten Falle mit einem dinglichen Rechte des betreibenden Gläubigers gar nicht belastet wäre, damit wie mit jedem anderen Massagegenstande [13]) verfahren wird.

D. Wie bereits oben (S. 111) erörtert, geht die KO. davon aus, daß der Begriff des „Konkursgläubigers" kein thatsächlicher, sondern ein rechtlicher sei; nicht blos Derjenige, welcher am Konkurse faktisch theilnimmt, ist „Konkursgläubiger", sondern Jeder, dessen Forderung in jene rechtliche Kategorie fällt, welche der §. 2 näher definirt. Daraus folgt also, wie gleichfalls (S. 111) schon bemerkt, daß der persönliche Gläubiger dadurch, daß

---

hört der Kläger von nun an zu den dinglich Berechtigten und der Konkurs berührt ihn nicht weiter; ist aber der Eintrag noch nicht geschehen, so kann dieselbe in Folge des Verbotes in §. 12 der KO. nicht mehr bethätigt werden, und der Immittirte muß sich als persönlicher Gläubiger am Konkurse gleich allen übrigen betheiligen. Ob die Erwirkung der Beschlagnahme eines Immobile auch dem bisher persönlichen Gläubiger ein Absonderungsrecht giebt, ist nach den Prinzipien über die Zwangsvollstreckung über das unbewegliche Vermögen zu entscheiden. Nach Art. 9 des Bayer. Gesetzes v. 23. Febr. 1879, die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen Geldforderungen betr., erwirbt der Gläubiger durch die Beschlagnahme ein Vorzugsrecht, kraft dessen er seine Befriedigung aus dem beschlagnahmten Gegenstand bez. dessen Erträgnisse vor anderen Gläubigern verlangen kann, und nach Art. 11 desselben Gesetzes behält er dieses Vorzugsrecht auch gegenüber der Konkursmasse. Durch diese Hervorhebung der „Masse" (nicht der sonstigen „persönlichen Gläubiger") ist ausgesprochen, daß die Beschlagnahme auch für den persönlichen Gläubiger ein Absonderungsrecht (nicht blos ein Vorzugsrecht im Sinne des §. 54 der KO.) bewirkt, wie denn auch die Motive zum citirten Gesetzentwurfe sagen: „daß die Beschlagnahme von Immobilien in Ansehung des den Beschlagnahmebeschluß erwirkenden Gläubigers die gleiche Wirkung wie deren Pfändung von Mobilien (§. 709 der CivPO.) äußern, nämlich ein Pfandrecht an den beschlagnahmten Gegenständen gewähren müsse.

13) Anders stellt sich die Sache, wenn ein Absonderungsberechtigter, also ein Hypothekgläubiger oder ein persönlicher Gläubiger, dem die erwirkte Beschlagnahme ein landesgesetzliches Pfandrecht gewährt, die Zwangsvollstreckung betreibt. Hierüber vgl. die Erläuterungen zu §. 116 der KO.

er im Konkurse sich nicht meldet, ja selbst wenn er ausdrücklich auf die Theilnahme verzichtet, die Berechtigung, während der Dauer des Konkursverfahrens mit Arrest oder Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner vorzugehen, nicht erlangt. Auch er muß warten, und zwar sogar dann, wenn inzwischen der Schuldner ein neues zur Masse nicht zu ziehendes Vermögen erworben haben würde.

Es frägt sich indessen hiebei nur um Arreste und Exekutionen, im Uebrigen können diejenigen Gläubiger, welche im Konkurse sich nicht melden, allerdings klagend gegen den Gemeinschuldner vorangehen und selbst ein Urtheil erwirken, das aber nicht an der Masse vollstreckt werden darf, sondern erst nach Beendigung des Konkurses an dem übrig gebliebenen oder neu erworbenen Vermögen des früheren Gemeinschuldners [14]).

E. Eine ganz singuläre Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze macht das Gesetz vom 21. Juli 1879 (RGBl. S. 277), indem es in §. 13 Abs. 5 gestattet, daß Rechtshandlungen des Gemeinschuldners über das freie Vermögen durch den Verwalter auch während des Konkurses angefochten und der frühere Zustand auch exekutionsweise erzwungen werden kann [15]).

c. (weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen).

Das durch die Konkurseröffnung zwischen den Konkursgläubigern entstandene Rechtsverhältniß bedingt nur die Folge, daß die Einzelexekutionen in der Konkursmasse auszuschließen sind; der neue Erwerb, welchen der Gemeinschuldner während des Konkurses durch eigene Thätigkeit, Erbschaften, Vermächtniß oder sonstigen Glücksfall macht, würde vom juristischen Standpunkte aus, da er nach dem Systeme des neuen Gesetzes nicht zur Masse gehört, dem Zugriffe nicht nur der neuen Gläubiger, deren Forderungen aus der Zeit nach der Konkurseröffnung stammen, sondern auch der Konkursgläubiger offen stehen müssen [16]). Allein aus Billigkeitsrücksichten und in

---

14) Die entgegengesetzte Praxis des Berliner Obertribunals (vgl. die bei Hahn S. 21 Note 19 citirten Erkenntnisse) beruhte auf dem von der Fassung des gegenwärtigen §. 11 völlig verschiedenen Wortlaute des §. 8 der Pr. KO. und paßt daher für das neue Gesetz nicht.

15) Vgl. Motive zu diesem Gesetze S. 32 ff.

16) Nach den Motiven, welche als Gründe noch beifügen: „Das Ziel, dem Schuldner die Erwerbs- und Kreditfähigkeit wieder zu eröffnen, würde vereitelt werden, hätte jeder Konkursgläubiger es in der Hand, in dem Augenblicke, da dem Gemeinschuldner ein Erwerb gelänge, ihm denselben zu entreißen. — Ein Wetteifer der einzelnen Konkursgläubiger, für sich eine Pfändung zu erlangen, würde hervorgerufen, der nahe wohnende oder dem Gemein-

Folge derselben wirthschaftlichen Erwägungen, welche (vgl. Seite 45) dazu geführt haben, den neuen Erwerb von der Konkursmasse auszuschließen, hat das Gesetz die Ausnahme von der strengen Konsequenz des Rechtes gemacht, daß, während das Konkursverfahren dauert, nur die neuen Gläubiger auf das neuerworbene Vermögen einen Anspruch mit Arrest und Exekution verfolgen können [17]).

Was den Personalarrest insbesondere betrifft, so kennt die Civ.PO. die Verhaftung des Schuldners nur: um die Vornahme individueller Handlungen (§. 774) oder die Unterlassung oder Duldung einer Handlung (§. 775) oder die Leistung des Offenbarungseides (§. 782) zu erzwingen, und als Arrest zur Sicherung einer gefährdeten Zwangsvollstreckung (§. 798). Soweit nun jene Handlungen, Unterlassungen und Duldungen effektiv das Prozeßobjekt bilden, ist der betreffende Anspruch keine Konkursforderung (vgl. S. 100), verwandeln sie sich aber in eine Geldschätzung, so ist für sie nichts Anderes geboten, als für alle anderen persönlichen Gläubiger. Die Personalhaft zur Erzwingung des Manifestationseides kann nur mehr nach §. 152 der KO. zu Gunsten aller Gläubiger eintreten (§. 93 Abs. 2 der KO.)

Was aber den Sicherungsarrest anlangt, so ist derselbe ohnehin nur gegen einen Zahlungsfähigen zur Vermeidung etwa von ihm gegen die Exekution beabsichtigten Hinderungen zulässig und dadurch von selbst dem zahlungsunfähigen Gemeinschuldner gegenüber durch die allgemeine Sicherung der Masse (§. 98) ersetzt.

---

schuldner nahe stehende Gläubiger vor dem entfernteren begünstigt werden. — Die neuen Gläubiger, welche dem vermögenslosen Schuldner im Vertrauen auf dessen Erwerb Kredit gewähren, dürfen der Konkurrenz mit den schon durch den Antheil an der Masse geschützten Konkursgläubigern nicht Preis gegeben werden."

17) Bei der Berathung wurde der Versuch gemacht, wenigstens in das durch Erbschaften, Vermächtnisse, Geschenke und Glücksfälle neu erworbene Vermögen den Konkursgläubigern die Möglichkeit eines Arrestes zu verschaffen (Antrag des Dr. Frankenburger K. Prt. S. 12). Die Regierungsvertreter bekämpften diesen Versuch namentlich aus Rücksichten für den Akkord, der erschwert würde, wenn nicht alle Gläubiger in gleicher Lage blieben. Nachdem auch der Vorschlag, dem Konkursverwalter die Befugniß, den Arrest zu erwirken, einzuräumen, nicht ausführbar erschien, wurde nach längerer Debatte der Antrag verworfen. (K. Prt. S. 14.)

§. 12.

Erwerb von Absonderungsrechten.

Pfand= und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte sowie Zurückbehaltungsrechte an Gegenständen der Konkursmasse können [a]) nach der Eröffnung des Konkursverfahrens [b]) nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger [c]) erworben [d]) oder eingetragen [e]) werden, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist.

I. Entw. §. 16; II. Entw. §. 12; Pr. H. G. Art. 710; Pr. K. O. §. 10. B. P. O. —

a. (können).

Durch die Bestimmung des §. 6 ist bereits ausgeschlossen, daß in der Zeit nach Eröffnung des Konkursverfahrens der Gemeinschuldner irgend eine Handlung vornehmen dürfe, durch welche er einem Gläubiger für seine Forderung eine Pfandrecht oder eine Hypothek bestellt, ihm ein Vorzugsrecht einräumt, oder ihm irgend einen Gegenstand, der zur Konkursmasse gehört, in die Hände gibt, damit er denselben retiniren könne. Diese Bestimmung genügt jedoch nicht. „Mit der Eröffnung des Konkurses" — sagen die Motive — „ist jedes Vermögensstück des Gemeinschuldners für alle persönlichen Gläubiger desselben mit Beschlag belegt, jeder Gläubiger hat den Anspruch, daß alle Sachen des Schuldners, soweit sie nicht dinglich einem Absonderungsberechtigten verhaftet sind, zur gemeinschaftlichen Theilungsmasse kommen; dem Rechte des Einen auf die gemeinschaftliche Vertheilung steht die Pflicht des Anderen gegenüber, sich dieselbe gefallen zu lassen. Durch die Konkurseröffnung wird das Verhältniß eines jeden Konkursgläubigers zur Konkursmasse und zu den übrigen Konkursgläubigern fixirt. Der Beschlagnahme der Vermögensstücke des Gemeinschuldners entspricht so zu sagen eine Beschlagnahme aller Forderungen der Konkursgläubiger mit der Wirkung, daß jeder nur in der Lage, in welcher sie sich zur Zeit der Konkurseröffnung der Konkursmasse gegenüber befindet, im Verfahren berücksichtigt wird und daß die Veränderung der Lage des einzelnen Gläubigers zum Nachtheil der anderen Gläubiger unstatthaft ist" [1]). Hieraus ergiebt sich, daß mit dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung ein Absonderungsrecht nicht nur nicht mehr eingeräumt werden, sondern überhaupt nicht mehr entstehen

---

1) Es ist dies die Ausführung des gemeinrechtlichen Satzes: „par conditio omnium creditorum facta est"; vgl. oben S. 52.

kann. Es kommt also nicht darauf an, ob eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners in Mitte liegt, sondern es wird die nachträgliche Erwerbung eines Absonderungsrechtes auch ohne Thätigkeit des Kridars ausgeschlossen, — ein Satz, der aus §. 5 u. 6 noch nicht folgt und daher besonders ausgesprochen werden mußte.

b. (nach der Eröffnung des Konkursverfahrens).

A. Hiemit ist ein Doppeltes verfügt: einmal, daß die Vorschrift des §. 12 sich auf jene Fälle nicht bezieht, in welchen zwar vor der Eröffnung des Konkursverfahrens, aber nachdem der Gemeinschuldner bereits zahlungsunfähig war, ein in dem Paragraphen genanntes Recht erworben wird; diese Rechtshandlungen des Gemeinschuldners unterliegen lediglich der Anfechtung nach Maßgabe der §§. 23 und 24 der KO. und da in diesen Paragraphen nur von Rechtsgeschäften die Rede ist, so ist der im §. 12 supponirte Fall, daß das Recht schon vorher bestellt und nur noch nicht vollzogen war, damit nicht getroffen. Wenn also z. B. der Kaufmann A der Vereinsbank in München, die auf Bedeckung ihres Contocorrent-Saldos dringt, am 1. Juli vor dem Notar eine Hypothek auf seinem Hause Nr. 12 in der Platanenstraße einräumte, und er stellt am 10. Juli seine Zahlungen ein, so kann die Vereinsbank dennoch die Hypothek für sich eintragen lassen, während dagegen, wenn die Hypothek einstweilen blos versprochen und der Notar zur Verbriefung auf den 11. Juli Termin angesetzt gehabt hätte, der an diesem Tage über die Einräumung der Hypothek aufgenommene Notariatsakt anfechtbar wäre [2]).

Die ohne Einschränkung hingestellten Worte „nach der Eröffnung des Konkursverfahrens" besagen aber ferner auch, daß es auf den guten oder bösen Glauben des Erwerbenden nicht ankommt. Ein Recht der im §. 12 bezeichneten Kategorie kann, wie oben erörtert, überhaupt nicht mehr nach der allgemeinen Zusammenfassung des Vermögens eines Gemeinschuldners in eine Masse, welche in der Konkurseröffnung liegt, entstehen, und wenn auch hiebei der Gemeinschuldner oder derjenige thätig ist, zu dessen Gunsten das Recht entstehen soll, kann es doch darauf nicht ankommen, wie sich der letztere zum ersteren verhält, da dieses Verhältniß nur als ein faktisches und kein rechtliches erscheint, vielmehr die rechtserzeugende Handlung schon vorher vollendet war.

B. Die Eröffnung des Konkursverfahrens ist nach §. 100 auf eine bestimmte Stunde fixirt; eine Erwerbung oder Eintragung der §. 12 ge-

2) Fraglich ist, wie die Sache sich stellt, wenn bereits ein Veräußerungsverbot nach §. 98 der KO. erfolgt ist, worüber die Erläuterungen zu diesem Paragraphen zu vergleichen sind.

nannten Rechte am Tage der Konkurseröffnung, aber vor der fraglichen Stunde ist gültig. Soferne es sich um eine amtliche Thätigkeit hiebei handelt, wie z. B. die Einschreibung im Hypothekenbuche, die Pfändung durch den Gerichtsvollzieher und Aehnliches, wird eine Kollision nicht leicht vorkommen, jedenfalls der Beweis sich unschwer erbringen lassen, ob diese Thätigkeit vor oder nach der Stunde der Konkurseröffnung fällt. Häufig wird jedoch irgend eine Thätigkeit oder Unterlassung des Schuldners mit unterlaufen, z. B. ein Ueberbringen der Pfandstücke oder Retentionsobjekte, oder auch nur ein Gestatten ihrer Hinwegnahme. Für diese Fälle ist dann der §. 6 Abs. 3 der KO. maßgebend und tritt die Vermuthung ein, daß die am Tage der Konkurseröffnung vorgenommenen derartigen Akte in die Zeit nach der Konkurseröffnung fallen. Wenn demnach über den A am 1. Juli der Konkurs Mittags 12 Uhr eröffnet wurde und es ist nachgewiesen, daß die Garnitur Möbel, auf welche der Hausherr B für den rückständigen Miethzins das in §. 41 Ziff. 4 ihm eingeräumte Vorzugsrecht geltend macht, erst am 1. Juli in die Wohnung des A geschafft worden sind, so wird bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, daß die Hineinschaffung nach 12 Uhr Mittag geschehen ist und daher das Vorzugsrecht nicht mehr begründen konnte. Denn eben dadurch, daß diese Hineinschaffung ein Vorzugsrecht erzeugt, wird die Handlung eine „Rechtshandlung", und da sie die rechtliche Stellung des Schuldners berührt, wenn auch dieser nicht selbst thätig war, als eine Rechtshandlung „des Schuldners" anzusehen sein. Das Motiv, welches die Vorschrift in §. 6 Abs. 3 veranlaßte, ist für derartige Vorgänge vollkommen zutreffend[3]).

c. (gegen die Konkursgläubiger).

Der allgemeine Grundsatz, daß durch das Konkursrecht Handlungen und Thatsachen nur insoweit in ihren Folgen beschränkt werden, als dadurch die Konkursgläubiger betroffen sind, gilt auch hier. Allein die Natur der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse wird häufig eine solche relative Nichtigkeit als unzulässig erscheinen lassen. Soweit öffentliche Bücher und die Erwerbung von Rechten durch Eintrag in dieselbe in Frage kommen, ist eine Eintragung mit beschränkter Wirksamkeit nach dem hier maßgebenden Systeme offenbar undenkbar. Die Motive (z. I. E. S. 75) gehen von dem entgegengesetzten Standpunkte aus, indem sie Folgendes sagen: „Die Vorschrift des Paragraphen soll die Vornahme der Eintragung nicht ausschließen; dieselbe soll nur den Konkursgläubigern gegenüber nicht verbindliche Kraft haben. Der Gemeinschuldner namentlich kann sich nicht auf eine Ungültig-

3) Anderer Ansicht sind Meisner S. 64, von Sarwey S. 57 Nr. 2, v. Wilmowski S. 108.

keit derselben berufen. Die Eintragung wird unter Umständen auch anderen Personen und nach Aufhebung des Konkurses selbst den früheren Konkursgläubigern entgegengesetzt werden können." Hieran ist richtig, daß, wenn durch ein Uebersehen des buchführenden Beamten ein Eintrag nach der Konkurseröffnung erfolgt sein sollte, der Gemeinschuldner sich ebensowenig auf die Richtigkeit berufen kann als ein Dritter, der nicht zu den Konkursgläubigern gehört. Allein ohne ein Uebersehen des Beamten läßt sich ein derartiger Eintrag nicht denken, wenigstens nicht nach Bayerischem Hypothekenrechte.

d. (erworben).

Es frägt sich, welcher Erwerb hier gemeint erscheint.

Da, wie oben erwähnt, der vorstehende Paragraph nur diejenigen Fälle im Auge hat, in denen der Akt der Erwerbung des Rechtes von der Erwerbung des Anspruches auf das Recht getrennt auftritt, so käme in denjenigen Gesetzgebungen, bei welchen das Pfand-, Hypothek-, Vorzugs- oder Retentionsrecht durch Vertrag entsteht, eine Erwerbung, auf welche der §. 12 Anwendung fände, nicht vor[4]).

Im Uebrigen kann es sich nur um Besitzergreifung und Eintragung handeln, da in unseren Gesetzen andere Realakte behufs Erzeugung der im §. 12 genannten Rechte nicht vorkommen[5]).

Was die Besitzergreifung bei beweglichen Sachen betrifft, so handelt es sich hier nicht um den Fall einer Tradition, einer Besitzübertragung durch den Schuldner oder einen Bevollmächtigten desselben (denn diese Akte fallen unter §. 6), sondern um einseitige Besitzergreifung durch den Gläubiger, oder für den Gläubiger durch einen Vertreter (z. B. bei der gerichtlichen Pfändung), oder endlich um Besitzübertragung Seitens eines Dritten (z. B. wenn die Sache, auf welche der Gläubiger Pfandanspruch hat, zufällig in den Händen eines Dritten sich befindet und dieser solche an den Gläubiger abliefert). In allen diesen Fällen ist das Rechtsgeschäft, welches den Pfandanspruch erzeugt, schon vorausgegangen und an sich nicht unwirksam, aber die Vornahme des Realaktes erzeugt, wenn sie nach der Konkurseröffnung erfolgte, als verspätet kein Absonderungsrecht mehr.

e. (eingetragen).

Betreffs der unbeweglichen Gegenstände gibt das vorliegende Gesetz keine Vorschrift darüber, auf welche Weise ein Recht zur abgesonderten Be-

4) Diese Gesetze werden aber durch die §§. 14 und 15 des Einf.-Gesetzes zur KO. als beseitigt erscheinen müssen.

5) Bei den Handfesten (vgl. Note 9) wird der Realakt durch Besitzergreifung eben am Papier der Schuldurkunden vollzogen.

friedigung aus denselben erworben werden kann; der §. 39 Abs. 2 der KO. überläßt es den Reichs- und Landesgesetzen, den Umfang der Immobiliarmasse, sowie den Umfang der aus dieser Masse zu berichtigenden Ansprüche zu bestimmen. Es wird also der §. 12 seine Hauptanwendung dann finden, wenn nach den Landesgesetzen das dingliche Recht an einem Immobile nicht schon kraft der Einräumung durch den Schuldner, kraft des Gesetzes oder richterlichen Urtheiles entsteht, sondern diese Akte nur den Titel zur Eintragung der Hypothek begründen und das dingliche Recht erst durch die Einschreibung entsteht. Dies ist der Fall nach Bayerischem Rechte (Hypothekengesetz §. 9, 10 u. 21), nach Preußischem Rechte (Gesetz über Eigenthumserwerb und dingliche Belastung v. 5. Mai 1872 §. 12, 18, 37), nach dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche (§. 387), nach Württembergischem Rechte (Pfandgesetz v. 1825 Art. 2 u. 47) nach dem Großherzoglich Hessischen Gesetze v. 15. Septbr. 1858 (Art. 6 Ziff. 3), ferner in Sachsen-Weimar (Gesetz von 1839) und Schwarzburg-Rudolstadt (Gesetz von 1856); in beiden letztgenannten Ländern sind nicht nur Pfandrechte, sondern auch Vorzugsrechte an Immobilien mittelst Einschreibung zu erwerben [6]). Wie der §. 12 lautet [7]), schließt er die Geltendmachung des Absonderungsrechtes dann nicht aus, wenn das dingliche Recht zwar vor der Konkurseröffnung noch nicht eingeschrieben, aber nach dem Landesrechte schon durch die Präsentation des Titels und Antrages bei der Hypothekenbehörde [8]) oder durch die Eintragungsverfügung erworben wird, und einer dieser Akte bereits vor der Konkurseröffnung erfolgt war, während dagegen jene Geltendmachung dann ausgeschlossen ist, wenn das dingliche Recht zwar vor der Konkurseröffnung bereits eingeschrieben war, aber nach

---

6) Die oben S. 17 erwähnte Anlage zu den Motiven des Entwurfes der KO. enthält eine Zusammenstellung der einschlägigen Partikularrechte und auf S. 20 wird das Weimaraner desfallsige besondere Recht näher dargelegt. Das Gesetz vom 7. Mai 1839 über die Rangordnung der Gläubiger im Konkurse hat als eine III. Klasse „die einfach Privilegirten" aufgenommen: dieses Vorzugsrecht wird in gewissen Fällen durch das Gesetz gewährt, außerdem kann es durch Vertrag oder letzten Willen vom Schuldner eingeräumt werden; Gesetz und Einräumung bilden aber nur den Titel zur Erwerbung, erworben selbst wird das Vorzugsrecht erst durch Eintragung in das „Privilegienbuch".

7) Dies geht aus dem Alternative „erworben oder eingetragen" hervor, so daß also jede der beiden Alternativen genügt.

8) So wurde z. B. der §. 10 der Pr. KO. in einem (in den Motiven zum I. E. S. 72 citirten) Erk. des Berliner Obertribunals v. 16. November 1866 (Striethorst Bd. 66 S. 164) ausgelegt.

dem Landesrechte erst durch die Aushändigung des Hypotheken- oder Grundschuldbriefes an den Gläubiger[9]) erworben wird und diese nach der Konkurseröffnung erfolgt.

Ein anderes System befolgt hinwiederum das Französische Recht. Dasselbe unterscheidet Privilegien und Hypotheken; Privilegien[10]) und gesetzliche Hypotheken[11]) werden schon durch das Bestehen der damit geschützten Forderung erworben, gerichtliche Hypotheken[12]) durch das Urtheil, die conventionellen Hypotheken[13]) aber durch die in einer authentischen Urkunde erfolgte Hypothekeneinräumung. Allein mit Ausnahme der in Art. 2101 des Code civil genannten Privilegien[14]) ist die Wirksamkeit gegen Dritte durch Inskription bez. Transskription bedingt. Soweit nun das Gesetz die Formalität der Einschreibung überhaupt verlangt[15]), wird kein Zweifel obwalten können, daß, wenn dieselbe erst nach der Konkurseröffnung erfolgt, der §. 12 der KO. darauf Anwendung findet. Wenn aber die Inskription nur für Erhaltung des Ranges unter den Gläubigern vorgeschrieben ist[16]), erscheint die Frage zweifelhaft; das neuere Französische Recht (welches aber in Rheinbayern und Rheinpreußen nicht gilt) läßt jede Inskription nur bis zum Momente der Konkurseröffnung zu[17]).

Nach dem betreffenden Landesrechte bestimmt sich auch die Frage, ob eine in den öffentlichen Büchern vor der Konkurseröffnung erwirkte Vor-

---

9) z. B. nach §. 78 der Bremer Handfestenordnung v. 1860 (vgl. Beseler, Deutsches Privatrecht S. 160). Daß nach §. 20 des Preußischen Gesetzes von 1872 der eingetragene Gläubiger das „Verfügungsrecht über die Grundschuld" erst durch die „Aushändigung des Grundschuldbriefes an ihn" erlangt, kann nicht als Annahme des Handfesten-Systems angesehen werden, da, wie oben erwähnt, das dingliche Recht mit der Eintragung bereits entstanden war. Ob nach der Konkurseröffnung diese Aushändigung erfolgen darf, ist eine andere Frage; ist die Grundschuld nach §. 27 des Gesetzes v. 1872 auf den Namen des Eigenthümers eingetragen, so ergibt sich aus §. 5 der KO., daß die Aushändigung unzulässig erscheint; lautete aber die Grundschuld auf den Namen eines Dritten, so ist das unterliegende Rechtsverhältniß maßgebend; keinenfalls wird der Gemeinschuldner berechtigt sein, irgendwie die Aushändigung selbst zu bethätigen oder seine Zustimmung dazu zu ertheilen.

10) Code civil Art. 2103, 2101 und 2104.

11) Code civil Art. 1017 Abs. 2 (Legatare), 2121 (Ehefrauen).

12) Code civil Art. 2123.

13) Code civil Art. 2124—2133.

14) Gerichtskosten, Begräbnißkosten, Kurkosten, Dienstlöhne, Unterhalt.

15) Code civil Art. 2106, 2108, 2113.

16) Code civil Art. 2134.

17) Fallissementgesetz Art. 448.

merkung, welche nach der Eröffnung in einen definitiven Eintrag verwandelt wurde, von dem Verbote des §. 12 getroffen wird oder nicht. Wo, wie z. B. im Bayerischen Hypothekengesetze (§. 30), im Württembergischen Pfandgesetze (Art. 79 u. 80), der Grundsatz gilt, daß bei späterer Beseitigung der Anstände und Mängel die Hypothek so angesehen wird, als ob sie schon am Tage der Vormerkung ganz rechtsbeständig und förmlich eingetragen worden wäre, ist kein Zweifel, daß die Konkursgläubiger die Vormerkung gegen sich geltend lassen müssen. Wenn hingegen, wie z. B. im Sächsischen Gesetzbuche (§. 408) die Konkurseröffnung jede Umwandlung der Vormerkung in definitiven Eintrag hindert, wird, falls die Beseitigung der einer solchen provisorischen Einschreibung entgegenstehenden Hindernisse erst nach der Konkurseröffnung erfolgt, der §. 12 dem Rechtserwerb entgegen stehen. Zweifelhaft ist die Entscheidung nach jenen Gesetzgebungen, welche (wie das Preußische Gesetz von 1872 §. 22 Abs. 3[18]), das Großh. Hessische v. 1858 Art. 45 und 37) der Vormerkung nur die Wirkung beilegen, daß sie den Rang der Forderung wahrt; doch wird auch hier das Verbot des §. 12 als ausgeschlossen zu erachten sein.

---

§. 13.

Klagverjährung. Unterbrechung derselben durch Anmeldung.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens hemmt nicht[a]) den Lauf der Verjährung[b]). Durch die Anmeldung[c]) einer Konkursforderung[d]) wird deren Verjährung[e]) unterbrochen[f]).

I. E. §. 17; II. E. §. 13; Pr. H. E. — Pr. K. O. — B. Pr. O. — [1].)

a. (hemmt nicht).

Wenn Jemand längere Zeit hindurch an einen Anderen keinerlei Ansprüche geltend macht, so muß aus diesem Umstande in der Regel der Schluß gezogen werden, daß zwischen den beiden Personen überhaupt ein Rechtsverhältniß nicht besteht, aus welchem der Eine gegen den Anderen eine Forderung erheben könnte; tritt demohngeachtet später der Erstere klagend auf, so hält man ihm sein langes Stillschweigen entgegen, seine verspätete Klage

---

18) Auch schon früher war die Frage in Preußen kontrovers, z. B. die verschiedenen Erkenntnisse bei Striethorst Bd. 66 S. 231 und Bd. 72 S. 175. Vgl. hierüber auch Meisner S. 69.

1) Zu diesem Paragraphen enthält das Einf.=Ges. §. 3 Abs. 3 und 4 zwei Spezialbestimmungen, welche zu vergleichen sind.

erscheint als „verjährt“ [2]). Der Schluß auf das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ist aber dann nicht gerechtfertigt, wenn Momente vorliegen, aus denen sich jenes Stillschweigen anderweitig erklären läßt, und eine solche Erklärung stellt sich vor Allem als begründet dar, wenn der Berechtigte durch das Gesetz gehemmt ist, seinen Anspruch gerichtlich geltend zu machen. Es gilt deshalb im Gemeinen Rechte als anerkannte Rechtsregel, daß ein Stillstand der Klageverjährung eintritt, so lange überhaupt der Gläubiger rechtlich verhindert ist zu klagen, agere non valenti non currit praescriptio [3]). Nachdem nun durch die Eröffnung des Konkurses dem Schuldner die Dispositionsfähigkeit entzogen wird, er also nicht mehr klagen kann, so führte die oben citirte Rechtsregel dahin, anzunehmen, daß, so lange das Verfahren dauert, die Verjährung der dem Schuldner zustehenden Klage zu seinen Gunsten unterbrochen sei, da „die Gläubiger, denen statt seiner das Klagerecht zustehe, dieses nicht sowohl für ihn, als vielmehr für sich selbst thäten“ [4]).

War dieser Satz noch hie und da bestritten, so galt es dagegen als unzweifelhaft, daß jedenfalls die gegen den Schuldner laufende Verjährung unterbrochen werden müsse, da ja alle Einzelexekutionen und überhaupt alles einseitige Vorgehen gegen den Kridar eingestellt werde [5]).

Der §. 13 stellt sich auf einen anderen Standpunkt [6]): er spricht aus, daß die Eröffnung des Konkursverfahrens auf die Verjährungsfrage ohne allen Einfluß sei. Indessen gilt dies nicht blos von der Eröffnung des

---

2) Vgl. Völderndorff, Erläuterungen zum Gesetze über die Verjährungsfristen (Erlangen 1859) S. 49.

3) Fälle, in denen solcher Klagestillstand angenommen ward, waren z. B. Aufhebung der Justiz in Kriegszuständen nach Canonischem Rechte, Cap. 10 X de praescript. (2, 26), während eines Moratorium, während der Deliberationsfrist des Erben u. s. w. In dem Bayerischen Gesetze v. 1859 wird in Art. 6 der Fall erwähnt, daß ein Unmündiger oder Minderjähriger keinen gesetzlichen Vertreter hätte.

4) Schweppe a. a. O. S. 63; diese Ansicht vertrat übrigens schon Salgado de Somoza in seinem (von Kreittmayr, Anmerkung zur GO. Cap. XIX Note a als „ein schwermütiges Werk“ bezeichneten) „Labyrinthus creditorum“.

5) Für das Gemeine Recht die Erkenntnisse in Seuffert's Archiv Bd. XX S. 273 u. 286 Bd. XXII S. 326; für die Pr. KO. die Erk. in Striethorst Bd. 50 S. 344, Bd. 55 S. 326 u. ROHG. Bd. XII S. 238.

6) In der französischen Doktrin war die gemeinrechtliche Lehre nie angenommen und ich habe die nun im Gesetz sanktionirte entgegengesetzte Ansicht gleichfalls stets vertreten; vgl. meinen oben genannten Kommentar S. 58 Ziff. 8. Dagegen hatte die Preußische Jurisprudenz vollständig sich der im Texte aufgeführten gemeinrechtlichen Anschauung angeschlossen.

Konkurses, sondern auch von dem ganzen Verfahren überhaupt; während des Konkurses läuft die Verjährung für und gegen den Schuldner fort, als wäre derselbe dispositionsfähig.

b. (den Lauf der Verjährung).

A. Das Gesetz spricht ganz allgemein, es unterscheidet weder zwischen Konkursforderungen und anderen Ansprüchen, noch auch zwischen der aktiven und passiven Klagverjährung. Daß der Konkurs auf solche Ansprüche, welche vom Konkurse überhaupt nicht berührt werden, keinen Einfluß hinsichtlich der Verjährung üben kann, ist selbstverständlich; diese können ja von dem Schuldner und gegen den Schuldner nach wie vor geltend gemacht werden. Aber auch für die eigentliche Konkursforderung ist durch die Konkurseröffnung kein Stillstand der Verfolgung geboten. Die Motive begründen dies folgendermaßen: „In den §§. 8 und 9 der KO. ist ausgesprochen, daß jeder Anspruch außer einer Konkursforderung unabhängig von dem Eintritte des Konkurses entweder gegen den Gemeinschuldner oder den Konkursverwalter im Wege der Klage verfolgbar ist, und daß ebenso in der Verfolgung einer solchen Klage gegen den Schuldner die Konkurseröffnung kein Hinderniß herbeiführt. Sie kann daher bei solchen Klagansprüchen nicht ein Hinderniß sein für den Eintritt oder den Lauf ihrer Verjährung. Auf Konkursforderungen freilich übt die Eröffnung des Konkurses einen Einfluß. Soweit ihre Berichtigung aus der Konkursmasse verlangt wird, können sie nicht mehr gegen den Gemeinschuldner und überhaupt nicht mehr durch Anstellung einer Klage, sondern nur im Wege der Anmeldung geltend gemacht werden. Keineswegs aber hindert die Konkurseröffnung die Verfolgung; im Gegentheile durch diese Eröffnung wird der Gläubiger gerade aufgefordert, seinen Anspruch geltend zu machen. Es bleiben hiezu dem Konkursgläubiger zwei Wege offen[7]: er kann entweder mittelst Klage die Feststellung seiner Forderung gegen den Schuldner erwirken — und schon dadurch vermag er ihre Verjährung diesem gegenüber zu unterbrechen und zu beseitigen —, oder er kann, wenn er sich an dessen zur Konkursmasse gehöriges Vermögen halten will, die Forderung im Konkursverfahren geltend machen. Es ist eine Geltendmachung seiner Forderung, wenn der Gläubiger in einem gerichtlichen Verfahren sie anmeldet, begründet und ihre Anerkennung verlangt." Daß die Geltendmachung in diesem Falle nicht unmittelbar gegen den Schuldner, sondern eigentlich gegen den Konkursverwalter und unter Umständen gegen die übrigen Gläubiger gerichtet ist, ändert an der Sache nichts, auf die

7) Bei Forderungen oder Ansprüchen, welche keine Konkursforderungen sind, ist natürlich die Klagestellung der einzige Weg, auf welchem eine Unterbrechung der Verjährung herbeigeführt werden kann. Vgl. unten lit. d.

Form der Verfolgung kommt es ja nicht an, sondern nur darauf, daß der Gläubiger durch sein Verhalten zeigt, er wolle sein Recht nicht aufgeben, und dies geschieht durch die vorgeschriebene Theilnahme am Konkurs.

B. Obwohl der Text des Gesetzes nur davon spricht, daß der „Lauf" der Verjährung nicht gehemmt werden solle, so ist doch nicht nur aus dem Sinne und der Absicht dieser Bestimmung, sondern auch aus den Motiven (siehe oben) zu ersehen, daß auch der Beginn und natürlich um so mehr der Eintritt der Verjährung dadurch nicht gehindert werden dürfe, daß sich der Berechtigte oder der Verpflichtete in Konkurs befindet. Wenn z. B. der Kaufmann A seinen Ausgeher B am 1. Juli 1877 entlassen hat, ohne ihm den rückständigen Lohn zu bezahlen und am 1. September 1877 geräth A in Konkurs, so ist die Verjährung des Lohnes gegen B noch nicht im Lauf, dieser Lauf beginnt erst am letzten Dezember 1877 [8]); er beginnt aber, obwohl A im Konkurs ist, und wenn B erst nach Beendigung des Konkurses z. B. am 1. Februar 1881 klagend auftritt, so ist er ausgeschlossen. Desgleichen, wenn z. B. der Gutsbesitzer D sich vom Maler F hat porträtiren lassen, das Bild ist am 1. Juli 1880 fertig geworden, D hat aber den versprochenen Preis von 1000 Mark zu zahlen unterlassen und F aus Delikatesse ihn nicht angefordert; nun kommt am 1. Dezember 1883 D in Konkurs; hier läuft die Verjährung fort, und es tritt, falls F sich nicht vorher rührt, deren Beendigung während des Konkurses, nämlich am letzten Dezember 1883 ein.

C. Eine besondere Bedeutung gewinnt die obige Gesetzesbestimmung für Wechselsachen. Bisher hatte namentlich die Praxis des Berliner Obertribunals [9]) den Satz aufgestellt, der Konkurs sei seinem Wesen und seiner Wirkung nach ein die Verfolgung der spezifischen Wechselklage gegen den Kridar ausschließendes Hinderniß, folglich müsse auch der Beginn der Verjährung vor seiner Beendigung sowie der Lauf derselben während seiner Dauer völlig ausgeschlossen erscheinen, — eine Ansicht, welche in Betreff der Regreßverjährung nach Art. 78 und 79 der A. D. WO. äußerst schwierige Verhältnisse erzeugte. Der klaren Vorschrift des §. 13 gegenüber werden nun wohl alle Kontroversen wenigstens nach dieser Richtung hin verschwin-

8) Nach dem Bayerischen Gesetze v. 1859.

9) Vgl. Hahn, die Pr. KO. zu §. 8. Andere Obergerichte, z. B. Dresden (Tauchnitz Bd. 18 S. 343), theilten jedoch die Anschauung nicht und auch das Obertribunal ging in einem Erkenntnisse vom 15. Juli 1856 (Archiv für Wechselrecht Bd. VI S. 270) davon aus, daß nur die Anmeldung im Konkurse die Wechselverjährung unterbreche. Auch das Erk. des ROHG. (v. 1855) Bd. XII S. 239 spricht sich so aus.

den; mag der Inhaber oder der Aussteller in Konkurs gerathen, der citirte Art. 78 bleibt wirksam, der fallite Inhaber muß unter Umständen selbst oder durch den Konkursverwalter innerhalb der gesetzlichen Frist Protest erheben und Regreß nehmen, und ebenso muß gegen die Konkursmasse des Ausstellers Protest erhoben und Regreß genommen[10]) werden, außerdem ist der Anspruch verjährt. Ebenso greift der Art. 79 der A. D. WO. unbehindert Platz, wie folgendes Beispiel zeigt: Der Kaufmann C in Augsburg, über welchen am 15. Juli der Konkurs eröffnet wurde, hatte am 1. Juli einen von Bankier A in München am 1. Mai auf die X Bank in Frankfurt gezogenen, 3 Monate dato fälligen Wechsel an D in Nürnberg begeben. Die Bank zahlte am 1. August nicht, der Wechsel ging in Protest. Wenn nun D Regreß nehmen will, so kann er nicht bis zur Beendigung des Konkurses damit warten, sondern er muß innerhalb der Monate August mit Oktober gegen C die Forderung in dessen Konkurs anmelden; damit er aber seinen eventuellen Regreß gegen A behält, wird er — weil ungewiß ist, bis wann der Konkurs zu Ende geht — demselben den Streit verkünden müssen[11]). Wenn nun C oder die C'sche Konkursmasse ihren eigenen Regreß gegen A sichern wollen, so können sie nicht[12]) bis nach Beendigung des Konkurses damit warten, sondern sie müssen innerhalb dreier Monate, vom Tage der Niederlegung der Anmeldung in der Gerichtsschreiberei behufs Einsichtnahme an[13]), entweder den A einklagen oder wenigstens ihm ihrerseits den Streit verkünden. Setzen wir nun weiter den Fall, D hätte den Wechselregreß gegen C im Konkurse nicht angemeldet, der Konkurs wäre

10) Nur für die Form der Regreßnahme bewirkt §. 3 des Einf.-Ges. der Konkursordnung eine Aenderung dahin, daß dieselbe mittelst Anmeldung des Regreßanspruches im Konkurse erfolgt.

11) Vgl. die Entscheidung des Stuttgarter Obertribunals v. 29. Mai 1858 bei Seuffert Archiv Bd. XII S. 251 und Hoffmann, Erläuterung zur A. D. WO. S. 569.

12) Wie früher angenommen wurde, vgl. Erk. des Berliner Obertribunals vom 11. Dezember 1858 bei Striethorst Bd. 31 S. 341 und im Archiv für WR. Bd. IX S. 192.

13) Dies könnte zweifelhaft erscheinen und man könnte vielleicht den Prüfungstermin als Anfangszeitpunkt der Wechselverjährung gegen den seinen Rückgriff nehmenden Kridar und bez. Konkursverwalter ansehen wollen. Allein die Anmeldungen sind von dem Momente ihrer Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei nach §. 128 der KO. behufs Einsichtnahme als den Betheiligten „behändigt" im Sinne des Art. 79 der A. D. WO. zu erachten. Für den Konkursverwalter selbst könnte allenfalls die Behändigung der abschriftlichen Mittheilung als maßgebend erscheinen, allein auch ohne gesetzlichen Grund für diesen späteren Termin.

am 1. November durch Akkord erledigt worden und C würde nun den Wechsel bei D einlösen, so könnte, falls nun der weitere Regreß bei A gesucht würde, von diesem unzweifelhaft dem C die Einrede der Verjährung auf Grund des Art. 79 der A. D. WO. entgegengesetzt werden.

c. (Anmeldung).

Wie bereits bei lit. b A erwähnt, wird nicht blos durch die Anmeldung im Konkursverfahren, sondern auch durch eine selbstständige nach §. 134 der KO. auf Feststellung gerichtete Klage die Verjährung während des Konkurses unterbrochen. Die Anmeldung erfolgt nach §. 127 der KO. entweder schriftlich bei Gericht oder beim Gerichtsschreiber zu Protokoll; geschah dieselbe verspätet oder nicht in der gehörigen Form, so kann sie selbstverständlich eine rechtliche Wirkung nicht beanspruchen. Das Gesetz ist also dahin auszulegen: durch die rechtzeitige und rechtsgiltige Anmeldung einer Konkursforderung wird deren Verjährung unterbrochen. Ebenso ist selbstverständlich, daß die Anmeldung nicht von einem beliebigen Dritten, sondern von dem Forderungsinhaber oder seinem Stellvertreter bethätigt werden muß. Wenn also z. B. der Kaufmann Ellmayer im Jahre 1877 den Typhus gehabt hat und seinem Arzte A in Freising die Deserviten schuldig geblieben ist, sodann im Jahre 1880 der Konkurs über ihn bei dem Gerichte in München eröffnet wird und A meldet am 20. Dezember 1880 seine Deserviten beim Gerichte in Freising an, welches die Eingabe erst am 2. Januar 1881 an das Münchner Gericht abgibt, so ist die Forderung verjährt [14]). Aber auch wenn Kaufmann Ellmayer selbst bei Gelegenheit seiner Insolvenzanzeige die Forderung des Arztes unter seinen Schulden aufgeführt hätte, der Gläubiger aber hätte sich innerhalb des Jahres 1880 beim Konkursgerichte nicht mehr gemeldet, ist dessen Anspruch erloschen [15]).

Wird die Anmeldung später wieder zurückgenommen, so ist in analoger Anwendung des §. 243 der Civ.PO. die Verjährung als niemals unterbrochen zu erachten [16]).

d. (Konkursforderung).

Nur für die in §. 2 der KO. aufgeführten persönlichen Forderungen kann durch Anmeldung im Konkursverfahren die Verjährung unterbrochen

14) Aerztliche Deserviten verjähren nach Art. 3 Nr. 1 des Ges. v. 26. März 1859 mit dem Ablaufe des letzten Tages des vierten Jahres von ihrer Entstehung an gerechnet.

15) Die Analogie mit Klagen, die bei einem inkompetenten Gerichte oder in ungehöriger Begründung angebracht werden, und für welche eine Unterbrechung in diesen Fällen behauptet wird (vgl. meinen Komm. zum Verj.-Ges. S. 62), paßt für die scharfbegränzte Vorschrift des §. 12 der KO. nicht mehr.

16) v. Wilmowski S. 109.

werden. Es unterliegt nach dem bestimmten Wortlaute des Gesetzes und weil eine anderweitige Bestimmung offenbar in das gesammte Civilrecht eingreifen, sonach weit über den Zweck und die Absicht der Konkursordnung hinausreichen würde, keinem Zweifel, daß die Anmeldung anderer Forderungen keine rechtliche Wirkung hat und nicht etwa die Stelle „einer gerichtlichen Interpellation“ genießen soll[17]). Eher könnte man fragen, wie es mit den in §. 56 der KO. aufgeführten Forderungen stehe; da indessen diese keine „Konkursforderungen“ sind, so wird auch einer Anmeldung derselben im Konkurse nach meinem Dafürhalten eine rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden können.

Aussonderungs= und Absonderungs=Ansprüche sind gleichfalls keine „Konkursforderungen“ im Sinne des §. 2 der KO. Allein die Objekte, auf welche sich die Absonderungsansprüche erstrecken, sind nach Inhalt des §. 1 (vgl. oben Seite 42) ursprünglich in der Masse und es muß daher die Existenz des Anspruches im Konkursverfahren angemeldet werden, wenngleich die Befriedigung selbst nach Maßgabe des §. 3 Abs. 2 unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt. Aber auch der Aussonderungsanspruch erfordert stets behufs seiner Geltendmachung irgend eine Anmeldung im Verfahren, da doch die Anstellung einer förmlichen Klage nicht wohl thunlich erscheint, bevor feststeht, daß der Konkursverwalter den Anspruch nicht freiwillig anerkennt (§. 9 Abs. 2). Ich würde nun für meinen Theil es richtiger und billiger erachten, wenn das Gesetz auch derartigen „Anmeldungen“ die Wirkung einer Unterbrechung der Verjährung beigelegt hätte; doch wie der Paragraph jetzt lautet, und nachdem nur die Verjährung der „Konkursforderung“ durch deren Anmeldung unterbrochen werden soll, läßt sich jene rechtliche Folge für Anmeldung von Aussonderungs= und Absonderungsansprüchen nicht behaupten. Freilich führt dies zu eigenthümlichen Konsequenzen. Gesetzt, der Agent A hat im Jahre 1880 bei dem Gastwirthe B eine Zeit lang gewohnt und ist die Zeche mit 100 Mark schuldig geblieben; am 1. Dezember 1883 kommt A in Konkurs; die Anmeldungsfrist wird vom 15. Dezember 1883 bis 15. Januar 1884 festgesetzt; am

17) Nach gemeinem Rechte geschieht die Unterbrechung der Verjährung auch durch Protestation beim Gerichte, ja sogar beim praeses provinciae, beim Bischofe oder Ortsvorstande (c. 2 C. de ann. except. 7, 40) und als eine gerichtliche Protestation könnte man eine wenn auch unrichtige Anmeldung immerhin ansehen. Allein die praktische Gültigkeit dieser singulären Vorschrift angenommen, ist sie doch an die nach unserem Prozeßverfahren nicht wohl zutreffende Voraussetzung geknüpft, daß man seinen Gegner mittelst Klage nicht belangen kann.

23. Dezember 1883 meldet B seine Forderung an. Hat nun B vom A Nichts in Händen, so unterbricht diese Anmeldung den Lauf der Verjährung und die Zechschuld bleibt bestehen. Hat aber B damals einen Koffer des A mit Effekten im Werthe von 120 Mark zurückbehalten und verlangt nun nach §. 41 Ziff. 5 der KO. hieraus abgesonderte Befriedigung, so unterbricht seine Anmeldung die Verjährung nicht, dieselbe läuft (nach Bayerischem Gesetze) am 31. Dezember 1883 ab und der Gastwirth B muß den Koffer herausgeben. Ja es wäre denkbar, daß, wenn B nicht seine Forderung als solche nach §. 57 der KO., sondern nur seinen Absonderungs-Anspruch angemeldet hat, beim Prüfungstermine, der erst Ende Januar 1884 stattfindet, die Zechschuld als erloschen erklärt wird.

e. (Verjährung).

Während der im ersten Absatze gebrauchte Ausdruck „Verjährung", wie oben gezeigt, sowohl die Acquisitiv- wie Extinktiv-Verjährung umfaßt, kann das hier gebrauchte Wort natürlich nur die erlöschende Klageverjährung gegenüber dem Gemeinschuldner begreifen. Indessen wird die Verjährung nicht nur in der Richtung gegen diesen letzteren, sondern auch in der Richtung gegen die Mitgläubiger unterbrochen. Wenn der Gläubiger Anton eine Forderung gegen den Kaufmann Benno, welche am 1. Juli 1882 verjährt sein würde, in dessen Konkurs am 29. Juni 1882 angemeldet hat, so kann der Mitgläubiger Caspar bei dem am 15. Juli 1882 stattfindenden Prüfungstermine nicht behaupten, ihm gegenüber sei die fragliche Forderung als mit dem 1. Juli 1882 erloschen zu behandeln.

f. (unterbrochen).

Die Anmeldung im Konkurse steht hinsichtlich der Verjährung der Klage gleich; wie durch eine Klage die Verjährung unterbrochen wird, so durch die Anmeldung. Die in Deutschland zur Zeit noch geltenden bürgerlichen Rechte weichen nun aber in der Frage, welche Wirkung die Unterbrechung einer Verjährung durch Klage nach sich ziehe, auf das Erheblichste von einander ab; ebenso in den Fragen, welche Folgen für den Lauf der Verjährung es habe, wenn die Klage nicht weiter verfolgt oder wenn sie später abgewiesen oder vom Kläger freiwillig zurückgenommen wird. Alle diese Fragen treten ebenso für die Anmeldung im Konkurse auf und müssen (wie die Motive sagen) der Entscheidung durch das Landesrecht überlassen werden. Als allgemeiner Grundsatz für die Wirkung der Unterbrechung nach sämmtlichen bestehenden Rechten läßt sich wohl der aufstellen, daß die Verjährung von der Unterbrechung an von Neuem beginnt[18]); welche Frist aber für

---

18) Also nicht durch die Unterbrechung die Klage etwa in der Weise perpetuirt wird, daß sie nun jeder Verjährung überhaupt enthoben wäre.

die neu beginnende Verjährung läuft, ist höchst verschieden bestimmt und kann hier eine erschöpfende Kasuistik nicht gegeben werden. Es kommen übrigens hauptsächlich das Gemeine Recht[19]), das Preußische Recht[20]), das Oesterreichische Gesetzbuch[21]) und das Französische Recht[22]) in Betracht.

Die Hauptfälle, welche zu unterscheiden sind, werden folgende sein:

A. Ist die Klage bis zum rechtskräftigen Urtheile (oder Vergleich) gediehen, so beginnt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für das Judikat der Lauf der Verjährung von Neuem[23]). Für das Konkursverfahren tritt an dessen Stelle der nach §. 175 der KO. rechtskräftig bestätigte Akkord und die in Gemäßheit der §§. 133 Abs. 2 und 134 Abs. 7 der KO. erfolgte Eintragung der festgestellten Forderung in die Tabelle. Allein nachdem zufolge des §. 11 der KO.[24]) die prozessuale Verfolgung vor Aufhebung des Konkursverfahrens nicht zulässig ist, ergibt sich die Folgerung, daß die Verjährung erst mit der öffentlichen Bekanntmachung (§. 151. 175 der KO.) wieder zu laufen beginnt[25]). Welche Frist diese wiederbeginnende Verjährung hat, ob die für die ursprüngliche Forderung gesetzliche von Neuem, oder nur den noch übrigen Rest, oder eine ganz neue (dreißigjährige oder sonstige), bestimmt sich nach dem Landesrecht[26]).

---

19) Die Partikular- und Statutarrechte enthalten meines Wissens hierüber keine Singularitäten.

20) In Bayern ist nur das Landrecht in Kraft, für die Preußische Monarchie ist das Verjährungsgesetz vom 31. März 1838 zu beachten.

21) Dieses gilt in Bayern im Markte Redwitz und einigen Parzellen, es enthält in §. 1497 die Bestimmung, daß, falls die Klage nicht fortgesetzt wird, die Wirkung der Unterbrechung als nicht eingetreten anzusehen ist,

22) Code civil Art. 2247: Si l'assignation est nulle par défaut de forme, si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmer l'instance, ou si la demande est rejetée, l'interruption est regardée comme non avenue. Im Uebrigen kommt nach Französischem Recht wieder die frühere Frist in Lauf.

23) Nach Pr. LR. Thl. I Tit. 9 §. 558 läuft wieder die ursprüngliche Verjährungsfrist, dagegen findet nach Gemeinem Rechte, auch wenn für die ursprüngliche Forderung eine kürzere Frist bestanden hätte, eine dreißigjährige Verjährungsfrist statt.

24) §. 152 wiederholt dies für die festgestellten Forderungen ausdrücklich; §. 179 dagegen erwähnt hierüber Nichts; es versteht sich aber von selbst, daß die Akkordrate nicht vor Aufhebung des Verfahrens flüssig wird.

25) Beim Akkord natürlich dann noch später, wenn die Rate etwa nicht sofort zu zahlen ist.

26) Für diese Ansicht hat sich schon nach früherem Rechte das Berliner Ober-

B. Ist der Prozeß unbeendigt geblieben, so kommt die Verjährung der Litispendenz zur Anwendung [27]).

Als unbeendigt erscheint der auf die Anmeldung hin anhängige „Prozeß" in Bezug auf die Konkursforderung:

a) wenn das Konkursverfahren als solches liegen bleibt und nicht zu Ende geführt wird, in welchem Falle die nach Landesrecht für die Verjährung der Litispendenz vorgeschriebene Frist diejenige ist, innerhalb welcher der Berechtigte entweder die Fortsetzung des Konkurses betreiben oder außerhalb des Konkurses sein Recht bei Gericht verfolgen muß [28]).

b) Unerledigt bleibt die Anmeldung ferner im Falle einer Einstellung des Verfahrens nach §. 188 und §. 190 der KO. In diesem Falle wird der Moment der öffentlichen Bekanntmachung der Einstellung des Konkursverfahrens nach §. 191 der KO. als Anfangstermin der Verjährung der Litispendenz, nicht als Beginn für Verjährung der actio judicati anzusehen sein, da ein derartiger Beschluß nicht als „Urtheil", sondern nur als „letzte Prozeßhandlung" erscheint [29]).

c) Endlich bleiben jene Forderungen litispendent, welche im Prüfungstermine von Gläubigern, dem Verwalter, oder dem Gemeinschuldner be-

---

tribunal ausgesprochen (vgl. z. B. Striethorst Bd. 32 S. 243 ff. und Bd. 33 S. 290). Auch wird dieselbe, so viel mir bekannt, allgemein vertreten, vgl. Fitting §. 9 Note 27, v. Meisner S. 75, v. Sarwey S. (55) 65, Stieglitz S. 80, v. Wilmowski S. 110. Ich habe mich nach nochmaliger Prüfung aller Gründe entschließen müssen, die in der ersten Auflage vertretene Meinung aufzugeben, als beginne die Verjährung der actio judicati bei Konkursforderungen sofort mit Eintragung derselben in die Tabelle oder mit der Bestätigung des Akkords.

27) Nach Gemeinem Recht verjährt die Litispendenz in vierzig Jahren; nach Pr. LR. Th. I Tit. 9 §. 554 u. §. 10 des Gesetzes vom 31. März 1838, dann nach §. 168 des Sächsischen Gesetzbuches beginnt auch hier von Neuem wieder die ursprüngliche Verjährungsfrist und zwar vom Tage an, wo der Kläger die Klage hätte fortsetzen können und sollen.

28) Der Fall wird wohl nie praktisch werden, denn es wird ein Liegenbleiben des Konkurses nicht vorkommen.

29) Anderer Ansicht Fitting §. 9 Note 27, 1, Hullmann S. 96, Petersen S. 73, v. Sarwey S. (56) 66, Stieglitz S. 80, v. Wilmowski S. 110, weil mit Beendigung des Konkursverfahrens die Litispendenz erlösche. Allein der Grund, weshalb nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die bereits in Prozeß gezogenen Forderungen eine längere Verjährungsfrist eintritt, ist, daß der Gläubiger, eben weil er bereits bei Gericht thätig war, besser gestellt sein soll, und dieser Grund greift auch in obigem Falle Platz.

stritten worden sind. Wird daraufhin die Feststellung nicht betrieben, so beginnt die Verjährung der Litispendenz von dem Prüfungstermine an (denn dann bleibt dies die „letzte Prozeßhandlung“); andernfalls von der letzten Handlung im Feststellungsverfahren (falls dieses nicht durchgeführt wird)[30]).

---

§. 14.

Auseinandersetzung mit Mitberechtigten.

Befindet sich der Gemeinschuldner[a]) mit Dritten[b]) in einem Miteigenthume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft[c]), so erfolgt[d]) die Theilung oder sonstige Auseinandersetzung[e]) außerhalb des Konkursverfahrens.

I. Entw. — II. Entw. §. 14; Pr. H.=G.; P. K.=O.; B. P.=O.

a. (Befindet sich der Gemeinschuldner).

Dieser Paragraph enthält eine der Vorschrift in §. 3 Abs. 2 sich anschließende spezielle Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß das Konkursverfahren als solches lediglich die Aufgabe hat, die Forderungen der persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners im richtigen Verhältnisse zur Befriedigung zu bringen, daß aber die Auseinandersetzung anderweitiger Rechtsverhältnisse außerhalb des Konkursverfahrens zu geschehen habe. Diesem Prinzipe entsprechend verfügt der §. 35 der KO., daß Gegenstände, welche dem Gemeinschuldner nicht gehören, aus der Masse auszusondern und alle darauf erhobenen Ansprüche stets in gesonderten Rechtsstreiten auszutragen seien. Diese Anordnung genügt, wenn die ganze Sache eine fremde ist; wenn aber dies nicht der Fall, wenn auf ein Vermögensobjekt sowohl ein

---

30) Meisner S. 72 u. 73 nimmt an, in solchem Falle beginne vom Prüfungstermine an die ursprüngliche Verjährungsfrist von Neuem, weil mit dem Schluß des Anmeldeverfahrens die Forderung anfhöre, „im Konkurs anhängig zu sein“. Fitting §. 9 Note 27 unterscheidet vor Allem die in §. 134 Abs. 6 der KO. genannten Forderungen, welche er auch, im Falle sie streitig geblieben sind, hinsichtlich der Verjährung den festgestellten gleichbehandelt wissen will (weil auch bei ihnen die Befriedigung des Gläubigers nicht von seinem Willen abhängt). Bei den anderen nimmt er gleichfalls an, daß sie im Falle Bestreitens aus dem Konkursverfahren ausscheiden, und daß daher für sie die Verjährung die Litispendenz nur dann eintreten könne, wenn schon vorher über sie ein Rechtsstreit bestanden hatte.

Dritter als auch der Gemeinschuldner Ansprüche erheben, so läßt sich dieses nicht einfach aussondern; denn der dem Gemeinschuldner gehörige Antheil gehört wie jedes andere Vermögen des Kridars zur Masse. Es könnte daher gefolgert werden, daß die gemeinschaftliche Sache als solche in der Masse bleibt, und die Ansprüche der Mitberechtigten wie alle anderen Ansprüche an die Masse im Konkurs zu liquidiren seien. Dieser Annahme beugt der §. 14 vor, indem er bestimmt, daß in allen Fällen die Theilung oder die sonstige Auseinandersetzung der Mitberechtigten mit dem Gemeinschuldner außerhalb des Konkursverfahrens zu erfolgen hat.

Es versteht sich hiebei von selbst, daß der §. 14 sowohl die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit der Dritte mitberechtigt ist, soferne hierüber Streit obwaltet, außer den Konkurs verweist, als auch die Manipulation des Theilens selbst. Wenn also A behauptet, das vom Konkursverwalter in der Wohnung des B gefundene Stück Seidenwaare gehöre nicht dem Kridar allein, sondern er, A, habe sie für halbpart mit B von Lyon kommen lassen und bezahlt, so hat A, wenn dies bestritten wird, über seinen Eigenthumsanspruch einen gesonderten Prozeß zu führen. Aber auch wenn das Miteigenthum anerkannt wird, erfolgt die Versteigerung der Waare außerhalb des Konkurses, der Erlös wird außerhalb des Konkursverfahrens getheilt und nur die Hälfte davon kommt in die Masse und wird im Konkurs behandelt.

b. (mit Dritten).

Dieses Wort ist nicht im strengsten Sinne zu interpretiren, vielmehr zu lesen: „mit Anderen". Denn die Vorschrift des §. 14 greift nicht blos dann Platz, wenn der Gemeinschuldner mit einem unbetheiligten Dritten in Gemeinschaft oder Gesellschaft steht, sondern auch, wenn der Mitberechtigte ein Konkursgläubiger ist. Wenn die Kaufleute A und B gemeinsam ein Haus besitzen und A geräth in Konkurs, bei welchem B mit einem Wechselguthaben von 1000 Mark betheiligt ist, so wird hierdurch nicht etwa die Theilung des Hauses Konkurssache, sondern, obwohl B kein „Dritter" im eigentlichen Sinne des Wortes, sondern ein am Konkurse Mitbetheiligter ist, hat die Auseinandersetzung der Ansprüche an dem gemeinsamen Hause außerhalb des Konkursverfahrens zu geschehen[1]).

1) Daß mit Einwilligung der übrigen Konkursgläubiger hiebei zugleich der Anspruch des Miteigenthümers in seiner Eigenschaft als Konkursgläubiger berücksichtigt werden kann, z. B. indem der B das ganze Haus übernimmt, und an dem Uebernahmspreis seine Wechselforderung, soweit sie aus der Masse Befriedigung findet, abrechnet, ändert an dem allgemeinen Grundsatze natürlich Nichts.

c. (Miteigenthümer, Gesellschaft oder andere Gemeinschaft).

Es ist einerlei, ob die Gemeinschaft eine einzelne Sache, einen Sachenbegriff oder einen Rechtsinbegriff umfaßt, ebenso ob sie auf Vertrag, auf Vererbung oder anderen Gründen beruht, ob sie mit dem Ehegatten oder mit anderen Personen besteht; endlich macht es auch keinen Unterschied, ob die Eröffnung des Konkurses von selbst die Aufhebung der Gemeinschaft bewirkt[2]), oder ob sie freiwillig herbeigeführt wird, oder ob eine Aufhebung aus anderen Gründen erforderlich erscheint. Ueber den Fall der ehelichen Gütergemeinschaft wird später ausführlich gesprochen werden.

d. (erfolgt).

Obwohl die Theilung einer solchen Gemeinschaft außerhalb des Konkursverfahrens erfolgt, kann doch der Gemeinschuldner hiebei nicht selbstständig auftreten; er hat durch die Konkurseröffnung nach §. 5 der KO. die Dispositionsfähigkeit verloren und darf daher auch nicht mehr den wenn auch vorerst unausgeschiedenen Antheil prozessualisch vertreten, der ihm an der gemeinsamen Sache zusteht oder aus der Gemeinschaft gebührt. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugniß, welche nach §. 5 Abs. 2 unbeschränkt auf den Konkursverwalter übergeht, berechtigt diesen, an die Stelle des Gemeinschuldners auch im Theilungsverfahren zu treten. Deshalb hatte schon §. 33 des Preußischen Einf.-Ges. zum HGB. bestimmt:

„Wenn durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst wird, so hat bei der stattfindenden Liquidation der Verwalter der Konkursmasse deren Rechte wahrzunehmen".

Die Konkursordnung hat diese Vorschrift nicht wiederholt, weil sie (wie die Motive zum II. E. S. 61 sagen) „selbstverständlich" ist. Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß zu der Vertretung des Mitberechtigten während der Theilung auch der Geschäftsbetrieb und die sonstige Obsorge für das gemeinschaftliche Eigenthum und Vermögen gehört, daher auch diese an Stelle des Gemeinschuldners dem Konkursverwalter obliegt; hinsichtlich

2) Der Art. 123 Ziff. 3 des A. D. HGB. bestimmt: „die offene Handels-Gesellschaft wird aufgelöst durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines der Gesellschafter"; in diesem Falle erfolgt also nur die Auflösung der Gesellschaft, es muß nicht über die Gesellschaft selbst der Konkurs verhängt werden, selbst wenn alle Gesellschafter für sich in Konkurs verfallen (Anschütz und Völderndorff, Kommentar Bd. II S. 276). Anders war es bisher im umgekehrten Falle; wenn über die Gesellschaft als solche der Konkurs verhängt wird (vgl. Anschütz a. a. O. S. 270 Note 16), was nunmehr sich gleichfalls geändert hat (vgl. Motive zum I. E. Bd. II S. 207).

der gesetzlichen Vorschriften über die materielle Verwaltung ist auf das betreffende Landesrecht zu recurriren[3]).

e. (Theilung oder sonstige Auseinandersetzung).

In welcher Weise und in welchem Umfange die Theilung oder Auseinandersetzung zu bewirken ist, bestimmt sich nach der Natur des vorhandenen Rechtsverhältnisses einerseits und anderseits nach der Beschaffenheit des zu theilenden Gegenstandes. Theilbare Sachen können realiter getheilt werden, in der Regel aber wird Versilberung und Theilung des Erlöses stattfinden[4]).

---

3) Vgl. das Erkenntniß des Berliner Obertribunals vom 20. März 1848, citirt bei Hahn Pr. KO. §. 291.

4) Der §. 14 hat keinen Bezug auf die eigentlichen Gesellschafts-Konkurse; hievon sprechen §. 44, 193, 194, 198—201 der KO.

Zweiter Titel *).

Erfüllung der Rechtsgeschäfte [1]).

Der zweite Titel behandelt die Folgen der Konkursmäßigkeit des einen Kontrahenten auf diejenigen Verträge, welche das Gesetz als „zweiseitige" bezeichnet [2]).

A. In jeder gegenseitigen (oder vielleicht richtiger gesagt: wechselseitigen) Obligation geht die Verpflichtung des einen Theils zur Leistung mit dessen Anspruch auf Vollzug der Gegenleistung von Seite des anderen Theiles Hand in Hand. Geräth nun der eine Theil in Konkurs, wie ist es mit den wechselseitig in Beziehung stehenden Leistungen zu halten? Diese Frage

---

*) 1. Auflage S. 183.

1) Diese Titelüberschrift ist ungenau und schwer verständlich. Deutlicher war dieselbe im I. Entwurf, in welchem sie lautete: „Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens auf die vor derselben eingegangenen Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners". Allein auch so ist sie nicht korrekt. „Rechtsgeschäfte" werden überhaupt nicht „erfüllt"; denn „Rechtsgeschäft" ist nicht blos der Vertrag, sondern auch eine Testamentserrichtung, die Antretung einer Erbschaft, die Tradition, der Verzicht u. s. w. Aber man erfüllt kein Testament, man erfüllt keine Erbschaftsantretung, man erfüllt auch keinen Hinterlegungsvertrag, sondern man erfüllt die durch das Testament, durch die Erbschaftsantretung, durch den Hinterlegungsvertrag übernommenen Verbindlichkeiten. Es sollte also heißen: „Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens auf die vor derselben von dem Gemeinschuldner übernommenen Verbindlichkeiten." Aber selbst in dieser Fassung wäre die Ueberschrift des Titels seinem Inhalte nicht homogen. Denn derselbe handelt von gewissen Verbindlichkeiten, nämlich von solchen, bei welchen der Verpflichtung des Einen zur Leistung eine Verpflichtung des Anderen zur Gegenleistung gegenübersteht und welche beide noch schweben, so daß nicht die Erfüllung, sondern die Nicht-Erfüllung als das entscheidende Moment erscheint. Die Ueberschrift soll also eigentlich bedeuten: „Wirkung des Konkursverfahrens auf die für und gegen den Gemeinschuldner bestehenden Kontrakts- und Quasikontrakts-Verhältnisse."

2) Ueber diese Terminologie vgl. die Erläuterung a zu §. 15.

ist eine der schwierigsten des Konkursrechtes, sie löst sich überhaupt nur, wenn man die verschiedenen Phasen, in welchen sich eine derartige Obligation befinden kann, streng von einander scheidet. Es sind deren drei:

Beide Theile haben ihre Verflichtungen erfüllt;

Keiner der beiden Theile hat seine Verpflichtung erfüllt;

Der eine Theil hat seine Verpflichtung erfüllt, der andere nicht.

Der erste Fall entscheidet sich leicht; die vollendete Thatsache macht auch hier ihr Recht geltend. Die durch die Erfüllung entstandenen Verhältnisse bleiben unverändert; die Konkurseröffnung begründet an und für sich und abgesehen von Umständen, durch welche nach Titel 3 eine Anfechtung begründet werden kann, auf keiner Seite die Befugniß, ein vollständig und nach beiden Seiten bereinigtes Rechtsverhältniß neuerdings in Frage zu stellen. Was in Folge eines solchen abgewickelten Geschäftes erworben ist, bleibt erworben; was bezahlt ist, bleibt bezahlt; zu fordern hat Niemand mehr Etwas, zu leisten hat Niemand mehr Etwas, der frühere Vorgang des Geschäfts-Abschlusses sowohl als der Geschäfts-Erfüllung wird von dem späteren Vorgang der Konkurseröffnung nicht mehr berührt.

Anders im zweiten Falle. Wenn wir die wechselseitigen Beziehungen abgesehen von der inneren Verbindung betrachten, so läßt sich folgendes Verhältniß als Folge der Konkurseröffnung konstruiren [3]).

I. Von Seite der Verpflichtung zur Leistung aus betrachtet könnte man den Mitkontrahenten als persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners ansehen. Als solcher müßte er den Wirkungen des Konkursverfahrens unterliegen und nachdem dieses die Ausführung der obligatorischen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners hemmt, der Umstand aber, daß der Gläubiger aus der wechselseitigen Verpflichtung auf Grund seiner eigenen Verbindlichkeit zugleich eine Gegenleistung noch bewirken soll oder bewirkt hat, — ihm an sich genommen kein Recht gewährt, auf der vollen vertragsmäßigen Vollstreckung seiner eigenen Forderung zu beharren, so könnte man einfach die Vorschrift des §. 2 der KO. auf diese anwenden wollen. Demnach müßte der Mitkontrahent, wenn seine vom Gemeinschuldner beanspruchte Leistung in Zahlung einer Geldsumme besteht, bezüglich dieser mit allen übrigen Gläubigern konkurriren; besteht seine Forderung in der Leistung einer Handlung, so könnte er (da jeder obligatorische Anspruch in der schließlichen Vollstreckung sich in eine Geldzahlung verwandelt [4]), nur sein Interesse in Geld ver-

---

3) Diese Argumentation geben die Motive zum I. E. S. 88 ff.

4) Omnis condemnatio pecuniaria (Gajus IV. 48). Toute obligation de faire ou de ne pas faire se resout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. (Code civil Art. 1142.)

langen und würde somit wieder als persönlicher Gläubiger wie die übrigen zu behandeln sein.

II. Nach der anderen Richtung aber gewährt die wechselseitige Obligation dem Gemeinschuldner eine Forderung; von dieser Seite aus angesehen ließe sich das Verhältniß dahin feststellen, daß diese Forderung wie die übrigen, in denen der Gemeinschuldner als Gläubiger erscheint, der Ausübung durch den Konkursverwalter und der Verwerthung und Einziehung zur Konkursmasse unterliege. So betrachtet könnte der Gegenkontrahent die Leistung seiner Verbindlichkeit in die Masse auch nicht unter dem Vorgehen verweigern, daß ihm eine Gegenleistung zustehe, denn soweit diese letztere nicht durch den Konkurszustand des dazu Verpflichteten modifizirt wird, wird ihm ja die Masse gerecht, er kann und darf solche im Verfahren liquidiren und sie wird gleich allen übrigen bei der Vertheilung befriedigt.

Sonach würde sich die gegenseitige Haftung aus den sogenannten „zweiseitigen Verträgen" in zwei Forderungen und zwei Schuldigkeiten auflösen, von denen die Forderung des Gemeinschuldners, das heißt die Schuldigkeit des Gegenkontrahenten, vom Konkurse nur insoweit berührt würde, daß nunmehr der Konkursverwalter als Forderungsberechtigter und die Masse als zur An-sich-nahme der Schuldigkeit bestimmt erschiene, während die Forderung des Gegenkontrahenten, das heißt die Schuldigkeit des Gemeinschuldners an diesen im Konkurse angemeldet werden müßte und nur in dem Verhältnisse mit allen übrigen Gläubigern zur Befriedigung gelangen würde. Es fällt sofort in die Augen, daß eine solche Aufstellung, da sie die zusammengehörigen Leistungen trennt, die eine vollbestehen läßt, die andere aber modifizirt, in hohem Grade unbillig, ja ungerecht sein würde. Allein sie wäre auch juristisch falsch, denn sie beruht auf einer Vermischung der verschiedenen Kategorien, die im Gebiete des Obligationsrechtes enthalten sind. Die Sache muß nämlich prinzipiell in folgender Weise angesehen werden:

Allerdings umfaßt das Konkursverfahren das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners (§. 1); es gehören daher auch die Forderungen als Aktivbestandtheil zur Masse und es sind aus dieser die Schulden des Kridars (§. 2) zu bezahlen. Allein die „Forderungen" einerseits und die „Schulden" anderseits erschöpfen noch nicht das gesammte Gebiet der Obligationen [5]).

5) Vergl. hierüber Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden S. 10 ff. und Brinz, Pandekten (1. Aufl.) Bd. I S. 374 ff. (2. Aufl.) Bd. II. §. 217, sowie in einem Aufsatze in der „Zeitschrift für das gesammte öffentliche und Privatrecht der Gegenwart" über den Begriff der obligatio (Nr. III). Dieses Moment sollte weit mehr als bisher geschehen beachtet werden, in ihm liegt allein die Möglichkeit einer „Restauration" des Obligationenrechts.

Wir verstehen unter „Forderung“ [6]) Etwas, das unser Vermögen effektiv mehrt, also das Vermögen eines Anderen bereits mindert, obwohl es noch in demselben thatsächlich sich befindet, und wir heißen „Schuld“ dasjenige, was in seiner äußeren Erscheinung zwar noch in unserem Vermögen ist, aber seinem Werthe nach unserem Vermögen bereits ab- (dem Gläubiger also zu-) geht [7]). Niemand wird, weil er bei dem Schneidermeister einen Rock bestellt hat und daher verpflichtet ist, denselben seinerzeit abzunehmen, diese Verpflichtung eine Schuld nennen und als solche empfinden; „schuldig“ werde ich, wenn der Rock geliefert ist, und zwar den Preis dafür. Wenn ich Etwas zurückzugeben habe, das zu meinem Vermögen nicht gehört, wie die mir zur Aufbewahrung gegebene Sache, so hafte ich zwar für die Zurückgabe, aber vorerst mindert diese meine Haftung mein Vermögen nicht, dazu kann es (wie Brinz sagt) noch einmal kommen, wenn ich es etwa durch „Verschuldung“ dazu bringe, anstatt jener außerhalb meines Vermögens befindlichen Sache Etwas aus meinem Vermögen leisten zu müssen, vorderhand aber kann man mich noch nicht den „Schuldner“ des Deponenten nennen. Hier liegt der Unterschied im Gegenstande der Verpflichtung, er kann aber auch in ihrer Beschaffenheit liegen. Der Käufer, Miether, Pächter ist verpflichtet, aber seine Verpflichtung hat in der Verpflichtung des Verkäufers, Vermiethers, Verpächters einen Gegenwerth, es kann also die Verbindlichkeit des Käufers, Miethers, Pächters nicht sofort bei Abschluß des Kontraktes als etwas deren Vermögen Minderndes von demselben abgezogen werden, wiewohl auch sie durch Vollzug der Leistung auf der anderen Seite dem Verkäufer, Vermiether, Verpächter „schuldig“ werden können.

Diesem Unterschiede auf Seite der Verpflichtung entspricht ein ähnlicher auf Seite der Forderung. So lange die Haftung z. B. des Depositars sich nicht zur Schuld entwickelt hat, wird der Deponent (vorausgesetzt, daß die deponirte Sache überhaupt ihm eigenthümlich gehört) nicht sowohl die Forderung als vielmehr die Sache zu seinem Vermögen rechnen. Desgleichen wird z. B. der Verkäufer die Kaufschillingsforderung noch nicht unter seinen Aktiven ansetzen, so lange er die Waare noch nicht geliefert hat.

Die „Schuld“ allein aber wird „gezahlt“; keinem Schneider wird einfallen, wenn er den bestellten Rock abliefert, zu sagen: „ich habe nun die mir obliegende Arbeit „gezahlt“. Der Empfänger ist es, welcher für die ihm gelieferte Arbeit zahlt.

---

6) Wenigstens als Regel; die deutsche „Forderung“ besteht ebensowohl den bloßen Verbindlichkeiten als den Schulden gegenüber, mit nichten aber auch schon der bloßen Haftung. Brinz a. O.

7) Diese Argumentation sowohl als die Beispiele entlehne ich mit einigen Aenderungen den Pandekten von Brinz.

Sobald wir diese prinzipielle („nationalökonomische" möchte ich sagen) Verschiedenheit innnerhalb der Obligationen festhalten, werden wir nie dazu kommen, die schwebenden Haftungen nach §. 1 und 2 der KO. behandeln zu wollen. Denn nachdem sich nach der Natur der Sache eine Ueberschuldung nur aus Schulden entwickeln kann und zahlungsunfähig nur derjenige wird, welcher überhaupt zahlen soll, so ergibt sich von selbst, daß als Objekte, welche der Konkursmasse zugewiesen werden können, neben den Sachen von Werth nur die Aktiva, die „Geld-Forderungen" des Gemeinschuldners, und als berechtigend zur Theilnahme am Konkursanspruche, als an die Masse behufs Befriedigung aus derselben angewiesen, nur Passiva, die „Schulden" sein können. Daraus folgt, daß die noch schwebenden zweiseitigen Verbindlichkeiten keinesfalls in der oben dargelegten Weise zerstückelt und in das eigentliche Konkursverfahren gezogen werden dürfen [8]); umgekehrt aber, daß, sobald eine Verwandlung der zweiseitigen Haftung in einseitige Forderung und Schuld eingetreten ist, dann auch diese letzteren gleich allen übrigen behandelt werden müssen. Diese zweite Vorschrift hatte der Entwurf der Konkursordnung nicht mit der nöthigen Schärfe hervorgehoben; sowohl die frühere Fassung des §. 15 als insbesondere die Motive (zum I. Entwurf) ließen die Auslegung zu, als ob auch, im Falle der sog. zweiseitige Vertrag von der einen Seite bereits erfüllt und dadurch eine „Forderung" und eine „Schuld" entstanden ist, dem Konkursverwalter ein Wahlrecht zustehe, ob er die weitere Erfüllung verlangen oder den Vertrag aufheben und die geschehene Leistung wieder rückgängig machen wolle. Es ist das Verdienst v. Sarwey's, diese Unklarheit beseitigt zu haben, indem er (gegen den Regierungsvertreter) die jetzige geänderte Fassung des §. 15 durchsetzte [9]).

Sonach steht fest, daß auch die aus ursprünglich zweiseitigen Obligationsverhältnissen in Folge einseitiger Erfüllung entsprungenen Forderungen und Schulden nach den im Titel 1 gegebenen Bestimmungen zu behandeln

---

8) Man könnte sich auf §. 743 der Civ.Pr.O. berufen, welche eine Verwerthung von Forderungen, die von einer Gegenleistung abhängen, im Wege der Zwangsvollstreckung zulassen; allein hier ist offenbar nur an ein bereits zur „Schuld" gewordenes Verhältniß gedacht.

9) Vgl. K. Prt. S. 148. Allerdings geht die jetzige Fassung wieder etwas zu weit; die allgemeine (auch bei Sarwey S. (63) 75 enthaltene) Behauptung, daß der §. 15 bei jedem einseitigen Erfülltsein keine Anwendung mehr finde, ist, wie sich im Falle der Dienstmiethe und Sachenmiethe zeigen wird, nicht unbedingt richtig. Man kommt überhaupt damit nicht durch, die Entscheidung auf Erfüllung oder Nichterfüllung zu stellen, sondern nur wenn man den Unterschied zwischen der bloßen Haftung und der eigentlichen Schuld festhält.

sind, dagegen die noch schwebenden Haftungen, die wechselseitigen Obligationen, welche sich noch nicht zu „Forderungen" und „Schulden" entwickelt haben, nicht unter das in §. 1 und 2 der KO. im Sinne gehabte Aktiv- und Passivvermögen des Gemeinschuldners gehören.

B. Indessen die Folge der nach §. 5 der KO. durch den Konkurs über den Kridar verhängten Dispositionsbeschränkung muß nothwendigerweise auch jene noch schwebenden Verhältnisse beeinflussen; es muß — wie sich die Motive ausdrücken — in Frage kommen: „ob und wie weit ein solches Rechtsverhältniß, wenn es vor der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erfüllt war, nach derselben in der vertragsmäßigen Weise noch erfüllt werden kann oder muß." Diese Frage regelt nun der zweite Titel, und zwar in einer von den meisten früheren Legislationen wesentlich verschiedenen Weise.

Die Gemeinrechtliche Lehre vom Konkurs ist über die Behandlung der beim Ausbruche des Verfahrens schwebenden gegenseitigen Obligationen ziemlich unklar; man griff einige solche Obligationsverhältnisse heraus und ließ sie einfach erlöschen (Schweppe §. 34), bei anderen nahm man eine Repräsentation des Kridars durch die Gläubiger an (Schweppe §. 62, Bayer §. 30 ff.), wobei jedoch dem Kurator ein Wahlrecht eingeräumt wurde (Fuchs S. 61). Nach Französischem Rechte, für welches der Art. 1184 des Code civil bei den synallagmatischen Kontrakten im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung auf Seite eines Kontrahenten dem anderen ein Rücktrittsrecht vorbehält, kann die mit der Kriba eintretende Dispositionsunfähigkeit des Schuldners als Veranlassung für den Gegner, von seiner Befugniß den Vertrag aufzulösen, angesehen werden. Die Bayerische Prozeßordnung hob den singulären Fall der Pacht- und Miethverhältnisse hervor, überließ aber im Uebrigen die Entscheidung lediglich der Anwendung der allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über die Folgen der Nichterfüllung, sei es wegen „Verschuldung" des einen Kontrahenten oder wegen eines „in seiner Person eingetretenen Zufalles." Aber deshalb, weil es sehr zweifelhaft erscheint, ob die Vergantung dem Gemeinschuldner als Zufall oder Verschuldung anzurechnen sei, hat man in der neueren Gesetzgebung (Preußische Konkursordnung, Oesterreichische Konkursordnung, Sächsischer und Hessischer Entwurf) es für nothwendig erachtet, die Fragen speziell zu entscheiden, und die Deutsche KO. hat sich mit Recht diesem Vorbilde angeschlossen.

Als das Konsequenteste würde nun allerdings erscheinen, dem Konkurse nur die allgemein vorgeschriebene Wirkung einzuräumen, daß an die Stelle des dispositionsberaubten Gemeinschuldners nunmehr der Konkursverwalter tritt, im Uebrigen aber Rechte und Pflichten unverändert bleiben. Allein praktisch würde eine solche legislative Anordnung offenbar nicht sein; denn die Rechte der konkurrirenden persönlichen Gläubiger verdienen doch wohl

auch einige Berücksichtigung. Wenn demnach allerdings der Gegenkontrahent wegen des eingetretenen Konkurses, insoferne der Konkursverwalter ihm gerecht zu werden bereit ist, ein Rücktrittsrecht nicht beanspruchen kann, weil es von seiner Seite nur eine Chikane wäre, die Leistung des Verwalters zurückzuweisen, die ihm ganz dasselbe gewährt, was er durch die Leistung des Gemeinschuldners haben würde[10]), und wenn anderseits die Rücksicht auf das Interesse der übrigen Berechtigten gebietet, die Masse nicht unbeschränkt für die Verpflichtungen des Gemeinschuldners haftbar zu machen, so ergibt sich, daß dem Konkursverwalter ein Wahlrecht zustehen muß, ob er die Erfüllung verlangen oder es bei der Nichterfüllung belassen will. Dies ist der Standpunkt der Konkursordnung. Der §. 15 stellt die Regel auf und §. 20 setzt ihr Verhältniß zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes fest; der §. 16 enthält eine Ausnahme von der Regel des §. 15 nach der einen, die §§. 17—19 eine Ausnahme nach der anderen Richtung. Der §. 21 endlich faßt die Folgen in das Auge, welche eine Einwirkung des Konkursverfahrens auf die Verträge überhaupt nach sich zieht.

---

§. 15.

Zweiseitige Verträge. Wahlrecht des Verwalters.

Wenn ein zweiseitiger Vertrag[a]) zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens[b]) von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Theile[c]) nicht oder nicht vollständig erfüllt ist[d]), so kann[e]) der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners[f]) den Vertrag erfüllen[g]) und die Erfüllung von dem anderen Theile verlangen[h]).

Der Verwalter muß auf Erfordern des anderen Theils[i]), auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist[k]), demselben ohne Verzug[l]) erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen[m]).

I. E. §. 20; II. E. §. 15; Pr. H. G. Art. 716; Pr. K.O. §. 16; B. P.O.

a. (zweiseitiger Vertrag).

Der Ausdruck „zweiseitiger Vertrag“ hat zwar die Autorität Sa=

---

10) Der Fall, wenn die Leistung derart an die Person des Gemeinschuldners geknüpft ist, daß sie entweder überhaupt nicht durch den Verwalter erfolgen kann, oder daß die Leistung durch den Verwalter eine virtuell andere werden würde, ist natürlich ausgenommen und wird später speziell erörtert werden.

vigny's[1]) für sich, ist indessen nicht quellenmäßig und auch nicht ganz zutreffend. Denn jeder Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft[2]), es gibt keinen Vertrag, in welchem nur die eine Seite gebunden wäre. Mindestens müßte es also heißen: „wechselseitiger, gegenseitiger" Vertrag[3]); indessen auch dies würde kaum genügen. Man hat mit Recht in der neueren Doktrin selbst die Bezeichnungen: „Bilateral-Kontrakt, synallagmatischer Kontrakt" deshalb vermieden, weil jeder Konkrakt das Vorhandensein von Partei und Gegenpartei, also die Zweiseitigkeit dem Begriffe nach in sich schließt. Die Kategorien: unilateralis, bilateralis charakterisiren nicht den Kontrakt, sondern das durch den Kontrakt begründete Rechtsverhältniß; die obligatio ist verschieden, je nachdem die zwischen zwei Personen bestehende rechtliche Beziehung nur die eine der anderen verhaftet oder beide einander wechselseitig verhaftet, je nachdem nur eine Forderung auf ein Leisten oder zwei sich bedingende Forderungen auf Leistung und Gegenleistung darin enthalten sind[4]). Indessen auch nach dieser Korrektur deckt der in §. 15 gewählte Ausdruck den Willen des Gesetzes noch nicht; er ist einerseits zu weit und zugleich anderseits zu eng. Denn „gegenseitige Obligationsverhältnisse" schafft nicht blos Kauf, Tausch, Sachen-Miethe und Dienstmiethe, sondern auch der Gesellschaftsvertrag, und diesen betrifft, wie §. 20 ergibt, der §. 15 durchaus nicht. Dagegen rechnet man jene Obligationen, aus welchen actiones contrariae gegeben werden, nicht zu den „gegenseitigen", und doch findet, wie sich später zeigen wird, wenigstens auf einige derselben der §. 15 Anwendung.

b. (zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens).

Der I. E. §. 20 drückte sich präziser dahin aus: „bei Eröffnung"; jedenfalls ist auch hier nicht ein unbestimmter Zeitraum, sondern der im §. 100 bezeichnete Moment gemeint.

c. (von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Theile).

Es heißt „und", nicht „oder"; der Vertrag muß also noch vollständig unerfüllt sein; der eine und der andere Theil muß in Haftung sein.

Denn wie in der Vorbemerkung zu diesem Titel bereits erörtert wurde, beziehen sich die Bestimmungen desselben nicht auf „Schulden", sondern auf „Haftungen", auf die wechselseitigen Ansprüche aus schwebenden Rechts-Verhältnissen. Sobald aber durch das Vorgehen des einen oder des anderen

---

1) v. Savigny, Obligationenrecht Bd. II S. 12.

2) Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie (3. Aufl. S. 412).

3) Seuffert, Pandekten Bd. II S. 60; Windscheid, Lehrbuch Bd. II §. 320: „man nennt diese Verträge: zweiseitige, besser: wechselseitige oder gegenseitige."

4) Vgl. z. B. Puchta, Pandekten §. 303.

Theiles [5]) die Haftung sich in eine Schuld verwandelt hat, sei es auf der einen oder anderen Seite, sind die Bestimmungen des 2. Titels ausgeschlossen und kommen einfach wieder §. 1 und 2 der KO. zur Anwendung. Es wird nothwendig sein, diesen Grundsatz in seiner Wirkung auf die einzelnen Fälle näher zu betrachten.

A. Ist bei der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner bereits erfüllt, so ist demselben der Gegenkontrahent nunmehr etwas schuldig und diese Schuld ist ein Aktivum der Masse. Es kann also vom Konkursverwalter z. B. der Kaufpreis für die vom Gemeinschuldner als Verkäufer oder als Handwerksmann bereits gelieferte Waare, das Tauschobjekt für die von ihm in Tausch gegebene Sache, der Miethzins für die im Hause des Kridars innegehabte Wohnung vom Inwohner, der Dienstlohn für die vom Gemeinschuldner bisher geleisteten Dienste eingefordert werden. Ebenso wird Niemand bezweifeln, daß wenn z. B. die Niendorfer Vereinsbank in Konkurs gerathen ist, der Konkursverwalter, nachdem die bei ihr deponirt gewesenen Werthpapiere zurückgegeben sind, die etwa rückständigen Depositalgebühren eintreiben kann und daß solche zur Masse gehören. Aber wie ist es im umgekehrten Falle, wenn der Gemeinschuldner Käufer, Miether, Dienstherr ist und den Kaufpreis, Miethzins, Dienstlohn bereits bezahlt hat? Bei dem Kaufe ist es nicht zweifelhaft, der Konkursverwalter hat die actio emti gegen den Verkäufer und fordert Tradition zur Masse [6]), ebenso bei der Werk-

5) Der I. Entw. §. 20 wollte dem Verwalter das Wahlrecht auch dann geben, wenn der Vertrag nur von einer Seite erfüllt war. Der II. Entw. stund nach den Motiven (S. 67) auf dem oben erörterten Prinzipe, hatte aber dennoch in §. 15 nur die Nichterfüllung Seitens des Gemeinschuldners erwähnt, weshalb in der Kommission (K. Prt. S. 148) die Worte „und von dem anderen Theile" hinzugefügt wurde.

6) „Denn blos deshalb, weil vor erfolgter Tradition der Konkurs ausgebrochen war, kann der Kauf nicht angefochten und das Kaufgeld zurückgefordert werden". v. Bayer a. a. O. S. 89. Der I. E. ging von der Ansicht aus, daß dem Konkursverwalter auch in diesem Falle das Wahlrecht zustehe, ob er die rückständige Leistung fordern oder von dem Vertrage abgehen und das bereits vor Eröffnung des Konkursverfahrens vom Gemeinschuldner Geleistete zurückverlangen wolle. Die Motive (S. 91) sagen: „Hatte der andere Theil die vom Gemeinschuldner gekaufte und erhaltene Sache nicht bezahlt, so steht es bei dem Verwalter, ob er unter Rückforderung der Sache die Nichterfüllung des Vertrages oder die weitere Erfüllung, nämlich die Zahlung des Kaufpreises wählen will." Diese Wahl steht ihm nach dem gegenwärtigen Gesetze lediglich wegen des ausgebrochenen Konkurses offenbar nicht mehr zu; wenn aber nach dem einschlägigen Civilrecht, abgesehen vom Konkurse, z. B. wegen

Miethe [7]). Aber Sachen-Miethe und Dienst-Miethe machen Schwierigkeit; in beiden Verhältnissen ist nämlich die Gegenseitigkeit keine solche, die Zug um Zug Leistung und Gegenleistung gebietet, wie bei Waare und Preis, bei opus und Zahlung; sondern bei derselben geht die Benützung der Sache, die Leistung der Dienste dem Wesen der obligatio gemäß voraus; man kann zwar das Verhältniß umkehren, aber dann ist es eben verkehrt, es ist „vorausgezahlt" (wie man im gewöhnlichen Leben sagt), und dies ist eine freiwillige Aenderung des naturgemäßen Rechtsverhältnisses. Diese Fälle stellen sich daher rechtlich nicht einfach als Erfüllung der Obligation auf der einen Seite dar und werden bei Betrachtung der in §. 17, 18 und 19 besonders behandelten Spezialfälle erörtert werden.

B. Ist bei der Konkurseröffnung vom Gegenkontrahenten bereits erfüllt, so ist ihm nunmehr der Kridar die Gegenleistung schuldig; der Erfüllthabende ist persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners wie jeder andere, und steht in demselben Verhältnisse wie die übrigen Gläubiger. Wer die Waare geliefert und dafür den Preis noch zu fordern hat, muß seine Kaufschillingsforderung im Konkurse liquidiren [8]); der Hausherr kann seinen Anspruch für die vom Gemeinschuldner innegehabte Wohnung, der Schneider die rückständige Rechnung für gelieferte Kleider, der Dienstbote seine Liedlohnforderung nur im Konkursverfahren zur Geltung bringen. Ebenso wird der Mandatar sein Honorar für die geschehene Mühewaltung, wie jeder andere Gläubiger, liquidiren können und müssen. Nicht so glatt erledigt sich die

---

der verzögerten Zahlung, dem Verkäufer überhaupt das Rücktrittsrecht zusteht, hat dieses natürlich auch der Konkursverwalter. Vgl. Motive zum II. E. S. 67.

7) Wenn der Kaufmann A, bevor er den bereits bezahlten Wagen oder Rock geliefert erhalten hat, in Konkurs geräth, wird der Wagenfabrikant oder der Schneider nicht von seiner Pflicht zur Fertigstellung und Ablieferung befreit; aber auch der Vertrag löst sich nicht, der Wagen fällt in die Masse; ob der Rock dem Kridar belassen oder gleichfalls verkauft werden kann, bemißt sich nach den Bestimmungen, wie sie auf S. 61 erörtert sind. Etwas Anderes ist natürlich die Frage, inwieweit es etwa dem Konkursverwalter gelingt, zu luxuriöse Bestellungen, auch wenn sie schon bezahlt sind, im Wege freiwilliger Vereinbarung, z. B. gegen eine Entschädigung, aufzulösen.

8) Ausgenommen die Sache wäre noch in natura vorhanden und das Eigenthum nach dem maßgebenden Civilrechte ohngeachtet der Tradition noch nicht auf den Käufer übergegangen, denn dann hat der Verkäufer als Eigenthümer das Aussonderungsrecht, vgl. §. 35. Es kann aber nicht, wie die Motive zum I. E. (S. 91 unten) annehmen, dem Konkursverwalter das Wahlrecht eingeräumt werden.

Sache bei umgekehrter Parteistellung. Ist der Verkäufer, welcher bereits den Kaufpreis empfangen hatte, in Konkurs gerathen, bevor er die verkaufte Sache tradirte, oder hat das Gericht den Fabrikanten, welcher die Zahlung für eine Bestellung erhalten hat, für insolvent erklärt, bevor er die bereits bezahlte Bestellung effektuirt hat, so ist der Käufer und der Besteller (Werkmiether) genöthigt, seine Schadloshaltung im Konkurse zu fordern; diese Fälle sind nicht zweifelhaft. Es kann nun aber sein, daß nach dem einschlägigen Civilrechte (vgl. unten die Erläuterung zu §. 20) diese Schadloshaltung in der Pflicht des in mora befindlichen Kontrahenten zur Rückgabe des empfangenen Geldes besteht, und dann kann allerdings der bezahlte Preis zurückverlangt werden, aber nicht von der Masse, sondern vom Gemeinschuldner im Konkursverfahren.

Schwieriger stellt sich die Entscheidung bei Dienst- und Sachenmiethe. Wie steht es mit dem Anspruche des Miethers auf Gewährung der Wohnung in dem zur Masse gehörigen Hause, wenn er dem Gemeinschuldner den Zins vorausbezahlt hatte? Und wenn derjenige, welcher seine Dienste verdungen und den Lohn hiefür vorausbezahlt erhalten hat, in Konkurs kommt, was ist Rechtens[9])?

Abgesehen von dem Falle der Veräußerung des Miethobjektes im Laufe des Konkurses, welchen §. 17 Ziff. 2 der KO. speziell normirt, — erscheint die Forderung auf Gewährung der bezahlten Wohnung und auf Leistung der im Voraus abgelohnten Dienste aus dem bereits oben (S. 215) angegebenen Grunde nicht als eine „Schuld", sondern als ein Anspruch aus schwebender Haftung und es ist deshalb auch, obwohl der Gegenkontrahent erfüllt hat, nicht der §. 2, sondern es wäre immer noch §. 15 maßgebend[10]); worüber jedoch das Nähere bei der Erläuterung der §§. 17—19 zu erörtern sein wird.

d. (nicht oder nicht vollständig erfüllt ist).

Das Gesetz stellt hier die nicht vollständige Erfüllung der Nicht-Erfüllung anscheinend gleich. Indessen ist dies nicht ganz genau. Allerdings, wenn man sich unter der „nicht vollständigen" Erfüllung Fälle denkt, in denen der Erfüllungsakt noch nicht beendet ist, z. B. wo die bloße

9) Dieser Fall wird freilich sehr selten praktisch werden und ist noch der auf S. 100 betonte Gesichtspunkt der Nicht-Konkursmäßigkeit persönlicher Leistungen zu berücksichtigen.

10) An sich wäre es allerdings nicht undenkbar, daß der Miether seinen Anspruch auf die Wohnung, der Dienstherr seine Forderung auf die Dienstleistung — beide natürlich in der umgewandelten Form der Forderung auf das Interesse — im Konkurse liquidiren müßten, und häufig wird es auch dazu kommen.

Tradition zur Erfüllung des Kaufgeschäftes nicht genügt, und Aehnliches[11]), muß dieser Zustand mit der „Nichterfüllung" identisch erachtet werden. Ebenso ist der vom Berliner Obertribunal (Erk. vom 11. Februar 1862 in Striethorst's Archiv Bd. 44 S. 202 ff.) unter den (identischen) §. 16 der Pr. KO. subsumirte Fall einer Deckung des Kaufpreises durch Wechsel, welche später nicht eingelöst werden, nur ein Fall der Nichterfüllung[12]).

Anders stellt sich die Entscheidung bei theilbaren Leistungen, soferne die Leistung auf beiden Seiten theilbar ist: Z. B. A bestellt am 1. Juli bei Fabrikant B hundert Nähmaschinen à 100 Mark, zahlbar nach Empfang des betreffenden Stückes; B liefert am 1. August 50 Stück und erhält 3000 Mk. Am 2. August kommt A in Konkurs. Daß der Verwalter die restirenden Nähmaschinen nicht verlangen kann, ohne den Preis dafür als Masseschuld zu übernehmen, ist unzweifelhaft[13]). Dagegen ist es bestritten:

---

11) Wenn z. B. ein verkauftes Immobile, da wo die Umschreibung im Grundbuche erforderlich ist, zwar übergeben, aber noch nicht überschrieben war, als der Konkurs ausbrach u. s. w. (vgl. v. Sarwey S. (66) 78) u. in Betreff des Preuß. Rechtes nach dem Ges. vom 5. Mai 1872 die Entsch. des Berl. Obertribunals vom 27. November 1861 in Striethorst Bd. 52 S. 129.

12) Dieser Fall ist übrigens kritisch; sind es eigene Wechsel, welche an Zahlung gegeben wurden, so wird man den Empfänger nicht wohl zwingen können, wider seinen Willen das Kaufgeschäft aufzulösen. Z. B. B verkauft dem A 50 Stück (ursprünglich à 200 Thaler) Dortmunder Union zu 75 %; A zahlt dieselben, indem er dem B einen Wechsel auf 7500 Thaler ausstellt. A kommt in Konkurs mit einer Passivbilanz von 50 %, die Union sind per Stück auf 5 gefallen; hier wäre es nun natürlich sehr im Interesse der Masse, daß §. 15 bezw. 16 Anwendung finde und der Konkursverwalter die 100 Stück (deren Werth 200 Thaler beträgt) nicht mehr zu empfangen brauchte, wohl aber den Wechsel von 7500 Thaler wieder erhielte. Ich glaube aber nicht, daß man den B dazu zwingen kann; derselbe wird das Geschäft als bereits von der Seite des Käufers erfüllt behandeln nnd sich mit 7500 Thaler Wechselforderung am Konkurs als Gläubiger betheiligen können. Anders wenn Tratten auf Dritte gegeben wurden; hier wird es allerdings dem Verkäufer freistehen, der Konkursmasse die verkauften Papiere zu liefern und das Risiko der empfangenen Tratten zu laufen; wenn er aber diese als nicht honorirt der Masse zurückstellt, erklärt er zugleich das Geschäft als von beiden Seiten unerfüllt und muß sich der Kündigung Seitens des Konkursverwalters unterwerfen. Uebrigens kommen Vorauszahlungen durch fremde Wechsel bei solchen Geschäften ohnehin nicht leicht vor.

13) Denn es steht ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegen, vgl. das Erk. des Berliner Obertribunals vom 1. Dezember 1864 (Striethorst Bd. 57 S. 138).

ob der Verwalter, um auf dem Vertrage stehen bleiben zu können, nicht auch die am Kaufpreise der gelieferten 50 Maschinen restirenden 2000 Mk. zahlen muß und ob er etwa berechtigt ist, vom ganzen Vertrage abzugehen, die 50 Maschinen zurückzugeben und die gezahlten 3000 Mk. zurückzufordern. Ich glaube: beides muß verneint werden, soferne nicht aus den Umständen auf die Absicht der Kontrahenten geschlossen werden muß, daß der Vertrag nur der Erfüllung nach theilbar, Lieferung und Zahlung aber als ein Ganzes gewollt und versprochen sein sollte [14]).

Jedenfalls aber findet §. 15 der KO. Anwendung, wenn nur die eine Leistung theilbar ist, z. B. der Gemeinschuldner A hat vom Pferdehändler B ein Pferd um 1000 Mk. gekauft und daran 500 Mk. bezahlt. Hier kann der Konkursverwalter weitere 500 Mk. bezahlen und das Pferd für die Masse nehmen, oder aber er kann den Vertrag auflösen und die 500 bezahlten Mark zurückfordern.

Daß die Anstellung der Klage auf Erfüllung die Anwendbarkeit des §. 15 nicht ausschließt, bedürfte kaum der Erwähnung, wenn nicht der zweite Absatz des §. 8 Zweifel erregen würde. Setzen wir den Fall, der Gemeinschuldner A hat bereits vor der Konkurseröffnung den Händler B unter Anerbieten der Uebergabe des verkauften Pferdes auf Zahlung des Kaufpreises belangt, so würde sich, strenge genommen, aus der soeben citirten Gesetzesstelle ergeben, daß, falls der Konkursverwalter die Aufnahme des Rechtsstreites ablehnt, der Gegenkontrahent die Fortsetzung fordern könnte, also eigentlich beiden Parteien in Betreff des Geschäftes ein Wahlrecht zustände. Allein dies ist nur richtig, wenn überhaupt die Existenz des Geschäftes oder dessen behaupteter Umfang negirt wird [15]); erkennen aber die Parteien an, daß ein Vertrag (also z. B. der Pferdekauf) besteht, so kann allerdings der Konkursverwalter und nur er wählen, ob er den verlangten Preis zahlen oder das Pferd der Masse belassen und das Geschäft annulliren will (vorbehaltlich natürlich der im Konkurse geltend zu machenden Entschädigungsansprüche des Verkäufers). Der Fall, daß ein Rechtsstreit gegen den Ge-

---

14) Das ROHG. hat allerdings diese letztere Annahme als Regel aufgestellt und in verschiedenen Erkenntnissen (Entscheid. Bd. II S. 84, Bd. IX S. 59 und 119, Bd. XIII S. 78 u. 104, Bd. XVI S. 202) die Anwendbarkeit der Art. 354 u. 355 des A. D. HGB. auf den ganzen Vertrag schon bei Nichterfüllung einer Rate zugelassen.

15) Der Konkursverwalter wird in der Regel sagen: „ich will nicht untersuchen, ob der Verkauf wirklich stattgefunden hat und um welchen Preis, ich annullire denselben“. Allein theils weil der Vertrag für die Masse vortheilhaft sein kann, theils wegen der im Hintergrunde stehenden Entschädigungspflicht wird dies doch nicht immer angehen.

meinschuldner anhängig ist, kann ohnehin nicht in Frage kommen, weil unter den §. 9 ein solcher Passivstreit nicht fällt, an und für sich aber der angestrengte Prozeß zeigt, daß eine Erfüllung nicht stattgefunden hat. In diesem Sinne hat auch das Berliner Obertribunal auf Grund des gleichlautenden §. 16 der Pr. KO. entschieden [16]).

e. (kann).

Das Gesetz sagt „kann", nicht „muß"; der Konkursverwalter [17]) hat das Recht, nicht aber die Verpflichtung, das Geschäft für die Masse an Stelle des Gemeinschuldners zu übernehmen. Er wird demnach zu prüfen haben, ob dies für die Masse vortheilhaft ist. Bei den streng gegenseitigen Obligationen: Kauf, Tausch, Werkmiethe [18]) wird dies keinem Anstande begegnen; schwieriger gestaltet sich die Ausübung des Wahlrechtes bei den beschränkt wechselseitigen (z. B. Depositum, Mandatum, insbesondere dem Commodat [19]), weil hier die Frage in Mitte tritt, ob nicht in Folge der Konkursmäßigkeit des Gegenkontrahenten das Verhältniß sich überhaupt löst. Abgesehen von einer desfallsigen besonderen Bestimmung aber steht dem Gegenkontrahenten ein Wahlrecht nicht zu, er ist an den Vertrag gebunden. (Vgl. unten lit. m).

f. (an Stelle des Gemeinschuldners).

Diese Worte geben zu erkennen, daß die Bestimmung des §. 15 dann keine Anwendung erleidet, wenn der Gemeinschuldner in der Vertragserfüllung überhaupt nicht vertreten werden kann; es ist dies nur eine Konsequenz des allgemeinen Satzes (vgl. oben S. 54 u. 100), daß die Konkursordnung auf Vermögensbestandtheile keinen Einfluß übt, welche der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen. Solches ist der Fall, soferne es sich um eine lediglich von dem Gemeinschuldner in Person zu bewirkende Thätigkeit handelt und soferne die Leistung an die Person desselben aktiv oder passiv geknüpft erscheint. Derartige Ansprüche kann der Konkursverwalter nicht für die Masse

---

16) Erk. vom 20. Nov. 1860 (Striethorst Bd. 39 S. 218); vgl. auch Hahn a. a. O. S. 24 Note 25.

17) In wie weit der Konkursverwalter hiebei allein handeln kann oder an die Beschlüsse der Gläubiger gebunden ist, entscheidet sich nach den Bestimmungen des II. Buches Titel 3 §. 121 Nr. 2.

18) Die Sachen- und Dienstmiethe ist ohnehin in §§. 17—19 speziell behandelt.

19) Vgl. hierüber die Erläuterung unten zu §. 20. Das receptum nautarum et cauponum stellt Puchta, Pandekten (§. 314) zu den absolut einseitigen. Insoferne es sich lediglich um die Entschädigungspflicht des Wirthes u. s. w. wegen zu Verlust gegangener Effekten des Reisenden handelt, ist dies gewiß richtig; diese ist eine einfache „Schuld".

ausüben und derartige Leistungen, welche ohne alle Beziehung auf das die Konkursmasse bildende Vermögen des Gemeinschuldners nur an und für dessen Person auszuführen sind, können für die Masse nicht verwerthet werden. Wenn der Gemeinschuldner z. B. die Verpflichtung übernommen hat, ein schriftstellerisches oder künstlerisches Werk zu liefern, kann der Verwalter nicht die Erfüllung des Vertrages wählen und das Honorar zur Masse verlangen. Ebenso umgekehrt, wenn der Gemeinschuldner den Dr. A als seinen Hausarzt aufgestellt hat, kann natürlich nicht in Folge der Konkurseröffnung jetzt der Verwalter als Patient eintreten[20]). Weitere Fälle und die Behandlung derselben werden sich unten bei §. 19 ergeben; ist der Vertrag in Folge seiner besonderen Beschaffenheit durch die Konkurseröffnung unerfüllbar geworden, so erwächst dem Gegenkontrahenten ein Entschädigungsanspruch, und dieser ist, wie jede andere Forderung im Konkurse, zu liquidiren.

g. (erfüllen).

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, hat das Gesetz die Theilung der wechselseitigen Obligation so, daß der Gegner voll erfüllen, seinen eigenen Anspruch aber im Konkurs liquidiren müßte, verworfen; wenn der Konkursverwalter die Erfüllung vom anderen Theile verlangt, muß er seinerseits so erfüllen, als ob kein Konkurs wäre[21]); vollständig, nicht in dem reduzirten Maße, in welchem im Uebrigen in Folge des Konkurses die Ansprüche gegen den Gemeinschuldner erfüllt werden. Das heißt also, wenn der Verwalter die Erfüllung wählt und der Gegenkontrahent erfüllt seinerseits zur Masse, so wird die von ihm zu beanspruchende Gegenleistung eine Masseschuld, wie solches in §. 52 Ziff. 2 der KO. auch ausdrücklich ausgesprochen ist.

h. (verlangen).

Dieser Ausdruck ist nicht genau; die Folge des vom Konkursverwalter gewählten Bestehenbleibens der Obligation ist nicht blos, daß er die Erfüllung von dem anderen Theil verlangen kann, sondern daß der andere

---

20) Diesen Fall behandelt ein Erk. des Preuß. Obertribunals v. 25. Juni 1863 (Striethorst Bd. 52 S. 9). Eine andere Frage ist aber, welche Folge für das Rechtsverhältniß als solches der Konkurs bewirkt (siehe unten §. 19 lit. a) und in dieser Richtung hat sowohl das Obertribunal als das Reichsgericht (Entsch. Bd. II S. 23) entschieden, der Vertrag bestehe für die Person des Gemeinschuldners allerdings noch fort.

21) „Der Verwalter hat die Leistung gleich dem Gemeinschuldner zu bewirken. Danach richtet sich, ob Leistung und Gegenleistung Zug um Zug, oder ob und welche von ihnen vorgängig erfolgen muß. Konnte der Mitkontrahent von dem Gemeinschuldner Kaution für die Erfüllung verlangen, so muß der Verwalter die Sicherheit leisten. Dies gilt auch von einer gesetzlichen Kautionspflicht des Gemeinschuldners." (Motive.)

Theil seine Verpflichtung auch wirklich erfüllen muß. Die Sache stellt sich demnach so, daß der Konkursverwalter die Wahl hat, vom Vertrage zurückzutreten oder denselben aufrecht zu erhalten. Was im ersteren Falle Rechtens ist, wird unten (lit. m) erörtert werden. Im letzteren Falle, wenn der Verwalter die Erfüllung wählt, geht, wie erwähnt, das Obligationsverhältniß auf die Masse über; es wird (natürlich ohne Novation) so angesehen, als ob nicht der Gemeinschuldner, sondern die Masse bezw. deren Vertreter, der Verwalter, den ursprünglichen Vertrag geschlossen hätte [22]).

i. (auf Erfordern des anderen Theiles).

Wählt der Konkursverwalter die Nichterfüllung des schwebenden Geschäftes, so entsteht unter Umständen für den Gegenkontrahenten ein Anspruch auf Entschädigung (vgl. §. 21); diesen kann er natürlich nur als Konkursgläuber geltend machen und es muß ihm daher ein Mittel geboten werden, rechtzeitig zu erfahren, ob er sich am Verfahren zu betheiligen habe oder nicht. Das Gesetz räumt dem Gegenkontrahenten deshalb die Befugniß ein, den Konkursverwalter zur Erklärung über die ihm zustehende Wahl aufzufordern [23]). Es ist dies gewissermaßen eine Analogie zu dem nach §. 217 der Civ.PO. dem Gegner hinsichtlich der Prozeßaufnahme zustehenden Rechte, die Erklärung darüber zu erzwingen, ob der unterbrochene Rechtsstreit fallen gelassen oder fortgesetzt werden will. Jedoch unterscheidet sich von der letzterwähnten Anordnung die Bestimmung des obigen Paragraphen wesentlich dadurch, daß sie keinerlei richterliche Intervention vorschreibt. Die Preußische Konkursordnung (§. 16) und ihr folgend der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten (Art. 716) und der I. E. §. 20 [24]) hatten die Sache so geordnet, daß der Gegenkontrahent den Richter anzugehen und dieser sodann dem Konkursverwalter eine angemessene Erklärungsfrist vorzusetzen hatte. Dies fällt nunmehr weg: der andere Theil hat sich unmittelbar an den Verwalter zu wenden und ihn zur Erklärung aufzufordern; wie später erörtert werden wird, ist diese Erklärung ohne Verzug abzugeben. Es ist also vorerst an dem Verwalter, die Frist, innerhalb welcher er seine Wahl erklären will und dann wirklich erklärt, zu normiren;

---

22) Erk. des RG. in der Sammlung der Entscheidungen Bd. VI S. 112.

23) Das im Gesetz gebrauchte Wort „Erfordern" ist in dieser Bedeutung ungewöhnlich; Sanders (Wörterbuch der deutschen Sprache 1859) bezeichnet es als „veraltet" und „mundartlich"; Grimm (3. Band 1862) übersetzt es mit „postulare, exigere"; indessen wird es von Luther mehrfach gebraucht, namentlich in der Uebertragung von Lukas (19, 23) und im Brief an die Römer (8, 4).

24) Auch die Oesterreichische Konkursordnung.

allein er ist darin natürlich nicht frei, er muß so schnell als möglich handeln und trägt die Verantwortung für jede Verzögerung. Der Richter kann dann allerdings nachträglich in die Lage kommen, zu entscheiden, ob die Frist, innerhalb welcher die Erklärung erfolgte, eine angemessene war. Allein es ist dies nicht das Konkursgericht, sondern der Prozeßrichter (vgl. noch Erläuterung m).

Das „Erfordern" kann in jeder Form geschehen, mündlich oder schriftlich; der Gegenkontrahent mag wohl auch — um sich den Beweis zu sichern — einen Notar beiziehen; jedenfalls wird ihm nicht verwehrt werden können, nach Analogie des A. D. HGB. Art. 358 den Verzug des Konkursverwalters auf dessen Kosten durch eine öffentliche Urkunde feststellen zu lassen [25]).

Ein „stillschweigendes Erfordern" halte ich nicht für zulässig, obwohl ein solches z. B. durch Anbieten der eigenen Leistung und durch sonstiges Verhalten des Gegenkontrahenten, welches auf den Wunsch das Geschäft bereinigt zu sehen etwa schließen läßt, denkbar erscheint.

Wer der „andere Theil" ist, wird nicht leicht zweifelhaft sein können [26]); sollte z. B. seit dem Geschäftsabschlusse der Gegenkontrahent das Geschäft an einen Anderen abgetreten haben [27]), so muß natürlich nicht der ursprüngliche Gegenkontrahent, sondern der zur Zeit Berechtigte bezw. Verpflichtete das „Erfordern" stellen.

k. (auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist).

Forderungen, welche dem Kridar zustehen, werden durch die Thatsache der Konkurseröffnung nicht fällig (c. 1 C. 4, 9), wohl aber Ansprüche gegen denselben (§. 58 der KO.); da nun in jedem zweiseitigen Geschäfte auch die letztere Seite vertreten erscheint, ist es vollkommen gerechtfertigt, daß der Gegenkontrahent sofort verlangen kann zu erfahren, wie er daran ist. Ein Mehreres aber bestimmt das Gesetz nicht; es ist nicht gesagt, daß die Er-

---

25) A. A. Petersen S. 86; v. Sarwey S. 82; v. Wilmowski S. 119.

26) Das Berliner Obertribunal hat den Satz aufgestellt (Entsch. Bd. 78 S. 22), daß ein Bevollmächtigter des Gegenkontrahenten der Aufforderung seine Vollmacht nicht beizufügen brauche, es vielmehr Sache des Verwalters sei, die Vorlegung derselben zu verlangen, wenn er das Mandat bezweifle. Daß aber für diesen Fall nichts Besonderes gelten könne, möchte klar sein. Handelt der „Erforderer" in eigenem Namen, so wird der Verwalter doch wohl sagen können: „Mit dir habe ich überhaupt Nichts zu thun"; tritt derselbe aber im Namen des Gegenkontrahenten auf, so wird der Verwalter allerdings fragen können: „Wo ist deine Vollmacht?" Oder aber er kann auch sagen: „so lange du dich nicht legitimirst, ist dein „Erfordern" werthlos, ich antworte darauf nicht."

27) Soferne eine solche Abtretung nach der Natur des Geschäftes eben möglich ist.

füllung eintreten soll, auch wenn die Zeit noch nicht gekommen, sondern nur: die Wahl muß getroffen werden. Wenn also z. B. der Posthalter Albert von dem Wagenfabrikanten Bruno am 1. August zwei Omnibusse, lieferbar 1. November, bestellt hatte, und Bruno kommt am 1. September in Konkurs, so kann zwar Albert den Konkursverwalter am 15. September auffordern, sich zu erklären, ob er der Konkursmasse die Omnibusse liefern wolle oder nicht; aber der Verwalter muß „ohne Verzug" nur sich zu „Ja" oder „Nein" bekennen, nicht aber etwa auch „ohne Verzug" die Wagen liefern; dafür bleibt es bei der ursprünglichen Frist vom 1. November ohngeachtet des Konkurses.

l. (ohne Verzug).

Diese Bestimmung ist in Vergleich zu stellen mit dem bekannten Art. 347 des A. D. HGB.[28]). Ebenso wie in diesem ist im §. 15 der KO. keine ein für allemal genau bestimmte Frist, innerhalb welcher der Konkursverwalter seine Wahl zu erklären hätte, vorgeschrieben, sondern es ist diese „nach Lage des Falles und unter Berücksichtigung der einzelnen Umstände" (Motive) zu bemessen. Aus der Begründung des Entwurfes[29]) geht hervor, daß das Gesetz, indem es die frühere Rechtsgestaltung, wonach der Richter eine Erklärungsfrist zu bestimmen hatte, verließ, mit möglichster Schärfe vorzugehen beabsichtigte. „Eine besondere noch so kurze Frist kann dem Mitkontrahenten die schwersten Verluste zufügen; oft bringen wenige Tage oder Stunden Kursschwankungen mit sich, welche der Verwalter nicht soll ausnützen dürfen; oft ist das Schiff oder der Transport, mit denen die bestellte Waare abzugehen im Begriffe ist, oder mit dem sie abgehen müßte, wenn sie rechtzeitig eintreffen soll, nur auf telegraphischem Wege zu erreichen, oder der Schiffer meldet dem Verkäufer des Gemeinschuldners die Waare zur Abnahme an; schon am folgenden Börsentage würde die Kündigung nicht mehr oder nur mit erheblichem Schaden auf Andere übertragen werden können"[30]). Indessen wird bei aller Strenge doch immer nur der „Verzug" zu unterbleiben haben, und so lange also nicht eine schuldhafte Verzögerung unterläuft, wird die Frist als eingehalten anzusehen sein. So wird man dem Verwalter eine gewisse Zeit zur Prüfung und Ueberlegung nicht versagen dürfen; denn wenn auch (wie die Motive sagen) der „Ver-

28) Der in diesem Artikel enthaltene Beisatz: „soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich ist", bezieht sich nur auf die Frist zur Untersuchung, nicht zur Anzeige.

29) Motive zum II. E. S. 68.

30) Es läßt sich nicht verkennen, daß hier immer die Fixgeschäfte supponirt sind, die doch §. 16 anders behandelt, so daß diese Motive nicht ganz passen.

walter die schwebenden Verträge des Gemeinschuldners kennen oder sich die Kenntniß derselben verschaffen muß", so braucht er eben doch hiezu eine wenn auch noch so kurze Frist, und wenn z. B. einige Stunden nach Ernennung des Konkursverwalters ein Gegenkontrahent von demselben die Erklärung fordern würde, ob er die Erfüllung eines sehr komplizirten Geschäftes oder dessen Auflösung wähle, so wird der Verwalter nicht in „Verzug" sein, wenn er nicht sofort sich erklärt, sondern sich eine Bedenkzeit nimmt. Insoferne möchte man den im §. 15 gebrauchten Ausdruck „ohne Verzug" als einigermaßen weniger scharf gegriffen ansehen, wie das in Art. 357 des A. D. HGB. stehende Wort: „unverzüglich"[31]); und natürlich noch weniger scharf im Vergleiche mit dem „sogleich" des Art. 318 des A. D. HGB. Im Allgemeinen demnach wird man die Interpretation des Art. 347 auch hieher anwenden können[32]), und jedenfalls ist der Grundsatz für die Pflicht zur Erklärung Seitens des Verwalters maßgebend, daß es nach den Umständen des Falles zu beurtheilen und dem richterlichen Ermessen anheimgegeben ist, ob eine erfolgte Anzeige im Sinne des Gesetzes „ohne Verzug" erfolgt zu erachten sei. Der Verwalter muß, wenn Hinderungsgründe nicht vorliegen, mit erster Gelegenheit, wie solche im Verkehre üblich ist, die Anfrage des Gegenkontrahenten beantworten, widrigenfalls er auf Erfüllung nicht mehr bestehen kann[33]).

m. (Unterläßt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen).

I. „Unterlassung" im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn der Konkursverwalter das „Erfordern" des Gegenkontrahenten überhaupt ignorirt, oder wenn er eine ausweichende Antwort gibt, oder wenn er die Wahl zu spät erklärt. In allen drei Fällen verliert er das im ersten Absatze des §. 15 ihm eingeräumte Recht der Wahl.

---

31) Es kann bei Börsengeschäften, in welchen es auf Stunden ankommt, unter Umständen als nicht mehr „unverzüglich" erscheinen, wenn sich der zur Anzeige verbundene Kontrahent der ersten abgehenden Briefpost — anstatt des Telegraphen — bedient. Vgl. das in Note 27 citirte Erkenntniß.

32) Es lassen sich daher aus den Entscheidungen des Oberhandelsgerichtes über zulässige Dispositionsstellung nach Art. 347 gewisse Anhaltspunkte auch für die Beurtheilung der „Rechtzeitigkeit" nach §. 15 der KO. gewinnen. In dieser Richtung hat sich eine reichhaltige Praxis gebildet, deren nähere Darlegung aber hier zu weit führen würde.

33) Vgl. das Erk. des Nürnberger Handelsappellationsgerichtes vom 16. Dezember 1864 in Dr. O. Frhr. v. Völdernd orff, Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen (Erlangen, Palm u. Enke, 1865) Bd. I S. 570.

II. Im §. 16 der Pr. KO. und im Art. 716 des Pr. HG. war als Folge der Unterlassung die positive Annahme aufgestellt: „daß die Gläubigerschaft in das Geschäft nicht eintreten wolle“ [34]). Das gegenwärtige Gesetz drückt sich nicht in dieser Weise [35]) aus, sondern setzt nur fest, daß der Verwalter „auf der Erfüllung nicht mehr bestehen könne“. Hieraus ist also zu folgern, daß an und für sich das Geschäft auch bei dem Verzuge des Konkursverwalters bestehen bleibt, und daß es auch nachher noch erfüllt werden **kann**, nur nicht erfüllt werden **muß**.

Man nehme in dem in Erläuterung k aufgeführten Beispiele an, es hätte auf die am 15. September vom Posthalter Albert geforderte Erklärung der Konkursverwalter gar nicht geantwortet; nach dem früheren Gesetze wäre hiedurch die Auflösung des Geschäftes als ausgesprochen fingirt worden; nach dem Wortlaute der jetzigen Fassung ist dies keineswegs der Fall; es bleibt vielmehr die Sache in statu quo; die im Konkurs befindliche Fabrik kann die Omnibusse am 1. November liefern und wenn der Posthalter Albert dieselben annimmt, so ist nicht etwa ein neues Geschäft geschlossen [36]), sondern das frühere ist erfüllt. Verlangen kann freilich der Posthalter die Lieferung nicht, auch wenn der Konkursverwalter die Erklärung versäumt hat, weil er ja überhaupt nicht das Recht hat, die Erfüllung des schwebenden Geschäftes von der Masse bei ihrem Vertreter zu begehren; und ebenso kann die für Rechnung der Masse fortgeführte Fabrik von dem Posthalter die Abnahme nicht mehr verlangen, weil der Verwalter die Wahl nicht rechtzeitig getroffen hat. Unter diesen Umständen wird praktisch zwar die Sache sich in der Regel so stellen, daß beim Verzuge des Verwalters der Gegenkontrahent, eben weil er auf die Erfüllung nicht mehr mit Bestimmtheit rechnen kann, sich mit seiner Entschädigungsforderung im Konkurse melden wird. Aber, wie gesagt, von Rechtswegen tritt diese Folge nicht ein.

---

34) Die Motive zum I. E., welcher noch die richterliche Fristfestsetzung beibehalten hatte, nehmen dies gleichfalls an; sie sagen (S. 92): „Bei fruchtlosem Ablaufe der Frist muß es bei der Nichterfüllung des Vertrages verbleiben, denn die Konkurseröffnung bewirkt zunächst eine Unterbrechung in der weiteren Erfüllung zufolge der allgemeinen Beschlagnahme. Diese unmittelbar eintretende gesetzliche Folge muß der Verwalter durch seine Erklärung abwenden, daß er von seiner Befugniß, das Vertragsrecht des Gemeinschuldners zur Geltung zu bringen, Gebrauch machen wolle“.

35) Natürlich hätte es niemals die „Gläubigerschaft“, sondern nur „den Verwalter“ nennen können. Allein auch dies ist nicht gesagt.

36) Dies wird von Bedeutung im Hinblicke auf die §§. 121 und 122 der KO. in Bezug auf die Zuständigkeit des Verwalters zum selbständigen Vorgehen.

III. Erklärt der Verwalter, daß er die Erfüllung wählt, so ist nicht nur er daran gebunden und muß die Masse dafür einstehen, sondern es wird auch der Inhalt der Verpflichtung damit definitiv auf das Gewählte bestimmt. Es kann freilich auch dann noch faktisch dazu kommen, daß dem Gegenkontrahenten nicht erfüllt wird und er sein Interesse liquidiren muß; allein dann liquidirt er dasselbe nicht (wie im entgegengesetzten Falle, wenn der Verwalter die Nichterfüllung wählt) als Konkursgläubiger, sondern als Kläger gegen die Masse.

IV. Mehr als die Befugniß: die Vernahme der Wahl zu verlangen, ist in dem §. 15 der KO. Abs. 2 dem Gegenkontrahenten nicht eingeräumt. Hat also der Konkursverwalter auf sein „Erfordern" erklärt, er bestehe auf Erfüllung, so muß der andere Theil den Zeitpunkt der Fälligkeit des Geschäftes abwarten (vgl. oben lit. k)[37]).

Es hat insbesondere derselbe nicht an und für sich die Befugniß, Sicherstellung für die vollständige seinerzeitige Erfüllung zu begehren. Nur insoweit nach dem allgemeinen Civilrecht und nach der Prozeßordnung eine Vorsichtsmaßregel begründet erscheint, kann der Gegenkontrahent dieselbe in Anspruch nehmen. Dies wird insbesondere auch dann eintreten müssen, wenn das maßgebende Civilrecht (wie z. B. Art. 29 der WO.) durch die Thatsache der Konkurseröffnung schon die „Unsicherheit" des Verpflichteten als gegeben erachtet.

V. Bisher ist das Verhältniß immer nur mit Bezug auf den Verwalter betrachtet. Wie aber stellt sich dasselbe für den Gegenkontrahenten, wenn der Verwalter „auf der Erfüllung nicht mehr bestehen kann", weil er entweder die Erfüllung ausdrücklich abgelehnt oder wegen Unterlassung der Erklärung auf Erfordern des Gegentheils sein Recht auf Erfüllung zu bestehen verloren hat? Hierüber findet sich im Gesetze keine ausdrückliche Bestimmung. Die Motive[38]) gehen davon aus, daß durch die Weigerung des Verwalters der Anspruch des Gegenkontrahenten sich von selbst in eine Entschädigungsforderung verwandle und der Gegenkontrahent sein Interesse im Konkurse geltend machen müsse. Dies ist auch die Ansicht fast aller

---

37) Die Motive zum II. E. S. 69 begründen dies folgendermaßen: „Es mag sein, daß mitunter die Konkursmasse nicht zureicht, um alle Masseschulden zu bezahlen, daß insofern also der Mitkontrahent nicht unbedingt gesichert erscheinen möchte. Im Allgemeinen aber wird die Lage desselben im vorausgesetzten Falle eine günstigere. Der Mitkontrahent steht nicht mehr dem zahlungsunfähigen Gemeinschuldner gegenüber, und hat nicht mehr die Konkurrenz aller übrigen Gläubiger zu befürchten".

38) Seite 67 ff., 91 ff., 245 ff.

Kommentare. Indessen wird man damit sich nach meiner Ansicht doch nicht begnügen können. Vor Allem kann nicht angenommen werden — denn dafür fehlt eine gesetzliche Bestimmung — daß das Verhalten des Verwalters nicht blos auf das Verhältniß der Masse zum Vertrage Einfluß übe, sondern überhaupt über denselben entscheide[39]).

An sich bleibt der Vertrag bestehen; der Gegenkontrahent kann entweder zuwarten bis nach Beendigung des Konkurses und dann[40]) sein Glück versuchen; er muß aber anderseits seinerseits erfüllen, wenn ihm zwar der Verwalter die Erfüllung verweigert, aber diese anderweitig[41]) erfolgt.

Setzen wir den Fall, der Violinspieler A hat sich bei dem Instrumentenmacher B einen kostbaren Geigenkasten um 1000 Mk. bestellt. Ehe dieser abgeliefert ist, geräth A in Konkurs, der Verwalter lehnt natürlich die Uebernahme der Bestellung ab und Lord C, der dies hört, bietet dem B 1200 Mk., weil ihm der Kasten besonders gefällt. Zugleich aber findet sich ein reicher Freund des Violinisten, der diesem die 1000 Mk. schenkt, damit er zahlen kann (da dieses neuer Erwerb ist, fällt er nicht in die Masse). Sollte nun B berechtigt sein, zu sagen[42]): obwohl mir Seitens meines Gegenkontrahenten Alles gewährt wird, was ich zu beanspruchen habe, erfülle ich doch meinerseits nicht, weil nicht der Verwalter, sondern der Gegenkontrahent selbst mich bezahlt. Oder nehmen wir an, der Antiquar Fopper hat dem Privatier Kunstmaier am 1. Juni 1883 einen Murillo um 10,000 Mk. verkauft; am 1. Juli kommt Kunstmaier in Konkurs. Niemand wird zweifeln, daß wenn das Bild schon in Besitz des Käufers gelangt, der Preis aber nicht bezahlt ist, Fopper sich nicht im Konkurse zu melden braucht und daß er — wenn am 1. Januar 1884 die Gant durch Schlußvertheilung erledigt ist, Kunstmaier aber am 1. Februar von seinem Onkel Goldhuber 100,000 Mk. erbt —, den Kaufpreis von 10,000 Mk. klagend eintreiben kann. Wo ist nun die gesetzliche Bestimmung, daß dies anders ist, wenn das Bild nicht übergeben war? Erklärt der Verwalter, er könne das Bild für die Masse nicht brauchen, so kann natürlich Fopper auch seinen Kaufpreis nicht

---

39) v. Wilmowski S. 118. Dem Erk. des Berliner Obertribunals v. 21. Juni 1875 (Entsch. Bd. 75 S. 136 ff.) ist allerdings zuzustimmen insoweit, daß auch nach Beendigung des Verfahrens die einmal getroffene Wahl bestehen bleibt. Hat also der Gegenkontrahent entweder sein Interesse liquidirt oder hat er auch seinerseits den Rücktritt vom Vertrage erklärt, so kann weder er noch der frühere Gemeinschuldner auf den Vertrag zurückgreifen.

40) Vorausgesetzt, daß kein Zwangsvergleich in Mitte liegt.

41) Etwa durch neuen Erwerb oder von dritter Seite.

42) Weil er einen höheren Preis erzielen kann.

von der Masse verlangen; aber wenn er nun ruhig zuwartet, so verliert er keinerlei Recht und kann dieses unter obigen Kombinationen natürlich ebenso geltend machen, als wenn das Bild schon übergeben war.

Wenn nun aber der Vertrag bestehen bleibt, so könnte man folgern, daß der Gegenkontrahent eben Nichts thun darf, als seinen Anspruch daraus im Konkurse geltend machen, das heißt gegen Erbieten zur vollständigen Erfüllung seine Forderung (und zwar nach §. 62 der KO. immer nur deren Geldwerth) zu liquidiren[43]).

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wäre dies richtig; allein §. 15 der KO. hat eben absichtlich es abgeändert. Die Erklärung des Verwalters, die Erfüllung nicht zu wollen, würde ihm auch einer Konkursforderung auf den Gegenwerth gegenüber die Einrede des nichterfüllten Vertrages gewähren[44]).

Wenn nun aber der Gemeinschuldner nicht mehr erfüllen kann und darf, der Verwalter für die Masse aber nicht erfüllen will, und dem Gegenkontrahenten doch nicht zugemuthet werden kann, bis nach Beendigung des Konkurses zu warten, so muß ihm ein doppeltes Recht eingeräumt werden. Einmal vom Vertrage auch seinerseits zurückzutreten. Wo im Civilrecht allgemein wegen Nichterfüllung von der einen Seite der zweiseitige Vertrag auch von der anderen Seite aufgehoben werden kann[45]), hat dies ohnehin kein Bedenken. Aber auch wo dies nicht der Fall ist, ergibt sich aus der Konkursordnung (§. 15 „ohne Verzug“ „kann nicht mehr bestehen“) und besonders aus den Motiven (S. 67 ff.) das deutlich erkennbare Bestreben, auch für den dritten Kontrahenten die Frage über Fortexistenz oder Aufhören der Erfüllungspflicht möglichst rasch zur Entscheidung zu bringen[46]).

---

43) Dies wird von Fitting §. 6 Note 8 mit gewohntem Scharfsinne vertreten.

44) Diese könnte durch das „Erbieten zur Erfüllung“ nicht abgewendet werden, denn das Gesetz berechtigt eben den Verwalter gerade im Interesse der Masse, dieses Erbieten zurückzuweisen. Behalten wir obiges Beispiel bei, so würde nach Fittings Ansicht Fopper den Kaufpreis von 10,000 Mk. im Konkurse liquidiren können. Hiegegen würde der Verwalter einwenden, du hast ja Deinerseits nicht erfüllt und darfst nicht erfüllen, weil ich es dir kraft des Gesetzes (nach §. 15) verbiete; du forderst also 10,000 Mk. ohne Grund.

45) Z. B. Code civil Art. 1184.

46) Mandry S. 447, Fitting §. 6 Note 8. Bedenken erregt hiegegen nur der Umstand, daß in §. 18 der KO. dieses Rücktrittsrecht für den Fall eines nichtangetretenen Pachtes (Miethe) besonders ausgesprochen wird, woraus argumento e contrario zu folgern wäre, daß es außerdem nicht stattfinde. Allein es ist doch wohl anzunehmen, daß hier der Schwerpunkt im Abs. 2 liege und nur, um diesen möglich zu machen, die Bestimmung in Abs. 1 gegeben ist.

Anderseits aber muß ihm die Befugniß zugestanden werden, einen Anspruch auf Entschädigung, nämlich sein Interesse an der Erfüllung[47]) als Konkursgläubiger geltend zu machen[48]). Wird nämlich davon ausgegangen, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung jedenfalls ohne Verschulden des Gegenkontrahenten durch ein in der Person des Gemeinschuldners eintretendes Hinderniß herbeigeführt ist, so läßt sich jener Anspruch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wohl rechtfertigen[49]).

---

§. 16.

Fixgeschäfte.

War die Lieferung von Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben[a]), genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist[b]) bedungen[c]), und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein[d]), so kann nicht die Erfüllung verlangt[e]), sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden[f]).

Der Betrag dieser Forderung[g]) bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- oder Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder an dem für denselben maßgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage[h]) nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte[i]) ergiebt.

Ist ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln[k]), so findet die Bestimmung des ersten Absatzes keine Anwendung[l]).

I. E. §. 21; II. E. §. 16; Pr. K.-O. §. 17; Pr. H.-G. Art. 717; B. P.-O.

a. (Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben). Die Preußische Konkursordnung hatte zur Bezeichnung des im §. 16 behandelten Objektes sich des Ausdruckes „fungible Sachen" bedient, und der Entwurf eines Pr. HGB. sagte: „vertretbare Sachen". Indem das Gesetz dafür die obigen Worte wählte, beschränkte dasselbe die Ausnahme,

---

47) Der Werth der nicht geleisteten Gegenleistung ist natürlich abzuziehen.

48) Hiegegen Fitting a. a. O. Vgl. die von Eck in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 28 S. 395 vorgebrachten Gegenbemerkungen.

49) S. auch Mandry §. 43 Note 6.

welche in §. 16 enthalten ist, auf die Lieferungsgeschäfte über marktgängige oder kursmäßige Waaren[1]). Es hat nun zwar, rein nationalökonomisch genommen, eigentlich jede Sache einen Marktpreis; allein für das Rechtsleben kommt hier lediglich die in Art. 353 des A. D. HGB. definirte und in Art. 311 und 357 näher bestimmte Qualität in Betracht. Hienach kann[2]) man sagen: „eine Waare hat dann einen Markt- oder Börsenpreis, wenn in dem betreffenden Verkehrsgegenstande regelmäßig ein so bedeutender Handel getrieben wird, daß sich aus den Preisen, zu welchen die mehreren Geschäfte geschlossen werden, jeweils ein mittlerer oder Durchschnittspreis berechnen läßt"[3]). Es ist hiebei nicht absolute Voraussetzung, daß dieser Durchschnittspreis nach dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen jeweilig mittelst Preisnotirungen, Kurszettel u. s. w. festgestellt wird, obwohl dies für die hauptsächlichsten Kategorien derartiger Waaren regelmäßig der Fall ist; ebenso ist es keineswegs nöthig, daß die in Frage stehende Waare am Wohnorte des Gläubigers oder Schuldners oder an dem Orte, wo sie sich befindet, einen Marktpreis hat (notirt wird), wenn sie nur überhaupt im Handelsverkehre einen solchen Preis hat.

Als Hauptobjekt sind natürlich die auf der Börse notirten Werthpapiere[4]) und die an den Fruchtbörsen gehandelten Waaren, als: Getreide, Oel, Spiritus, (in den Hansestädten) Colonialwaaren, (in Amerika) Baumwolle u. s. w. anzusehen[5]). Aber auch außerdem sind viele Waaren „marktgängig", ohne daß für sie amtlich oder halbamtlich Preisnotirungen stattfinden, z. B. Holz, Wein, Droguen, Papier, Manufakturwaaren u. s. w. Es kommt eben hier Alles auf die Beschaffenheit des betreffenden Ortsverkehrs und die Uebung, selbst unter Umständen auf Mode an.

b. (genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist).

Nicht alle Geschäfte über marktgängige Waaren fallen unter den §. 16, sondern nur die sogenannten Fixgeschäfte, deren Definition in Art. 357 des

---

1) Dieser Ausdruck ist der engere, es sind zwar alle marktgängigen Waaren fungible Sachen, aber nicht jede fungible Sache ist auch eine marktgängige Waare. Individuell bestimmte fungible Sachen sind nie „marktgängig", z. B. kann die Lieferung der „Bodencredit-Pfandbriefe der Ser. I Nr. 1—10" niemals Fixgeschäft werden.

2) Auf Grund der Protokolle S. 490 vgl. Anschütz und Völderndorff, Kommentar Bd. III S. 188.

3) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts S. 586.

4) Auch Geld in der Eigenschaft von „Sorten", z. B. Napoleons, Oesterreichische Banknoten u. dgl.

5) Ein interessanter Prozeß in Betreff eines Fixgeschäftes auf „Steinkohlen" war in der Hamburger Handelsgerichts-Zeitung v. 1873 S. 2 ff. abgedruckt.

A. D. HGB. mit denselben Worten wie in §. 16 gegeben wird. So leicht nun für den praktischen Kaufmann[6]) in jedem Falle die Entscheidung der Frage wird, ob das konkrete Geschäft ein Fixgeschäft sei, so schwierig ist die abstrakte Definition derjenigen Zeitbestimmung, welche als eine „festbestimmte" gelten soll. Die Praxis des Reichs-Oberhandelsgerichts hat ein Masse von Präjudizien über diese Materie geschaffen, aus denen hervorgeht, daß es keineswegs genügt, wenn dem Geschäfte überhaupt eine bestimmte Lieferfrist beigefügt ist. Abgesehen von ganz allgemeinen Ausdrücken, z. B. „in kürzester Frist", „sobald als möglich" machen auch Bestimmungen wie: „Spätherbst", „mit dem nächsten Dampfer", „bei offenem Wasser"[7]), „von Woche zu Woche"[8]), „monatlich", „täglich"[9]), „in der nächsten Woche", „am nächsten Montag", „Mittwoch der nächsten Woche"[10]), ferner: „Mitte November", „zweite Hälfte Juli", „bis ultimo September", „medio August"[11]) und ähnliche für sich allein das Geschäft nicht zum Fixgeschäft. Ebenso ist nicht jedes Geschäft „gegen baar" ein Fixgeschäft[12]) und auch der Umstand allein, daß das Objekt desselben erfahrungsgemäß erheblichen Schwankungen im Preise unterliegt, genügt nicht, um das Geschäft über ein derartiges Objekt zum Fixgeschäft zu machen[13]). Ein solches liegt vielmehr nur dann vor[14]), wenn nach der Absicht der Kontrahenten die Zeitbestimmung eine so wesentliche Qualität des Ge-

---

6) Ich weiß dies durch eigene Erfahrung aus meiner Thätigkeit am k. Handelsappellgerichte in Nürnberg; die kaufmännischen Beisitzer waren nie zweifelhaft. Freilich setzt man im Geschäftsleben solchen Lieferungsterminen fast immer das Wort „fix" bei.

7) Erk. des ROHG. v. 26. November 1873 (Sammlung Bd. XI Nr. 132).

8) Erk. des ROHG. v. 27. September 1871 (Sammlung Bd. III Nr. 58).

9) Erk. des ROHG. v. 6. Dezember 1873 (Sammlung Bd. XII Nr. 10) und v. 14. Juni 1873 (Sammlung Bd. X S. 148 Note).

10) Erk. des ROHG. v. 15. Februar 1873 (Sammlung Bd. IX Nr. 24), v. 24. März 1871 (Sammlung Bd. II Nr. 21), v. 23. November 1872 (Sammlung Bd. VIII Nr. 18).

11) Erk. des ROHG. v. 28. Oktober 1871 (Sammlung Bd. III Nr. 59), v. 28. November 1871 (Sammlung Bd. IV Nr. 33), v. 1. Juni 1872 (Sammlung Bd. V Nr. 6), v. 4. Juni 1872 (Sammlung Bd. V Nr. 49).

12) Erk. d. ROHG. v. 1. März 1876 (Sammlung Bd. XX Nr. 64).

13) Ein Erkenntniß des ROHG. v. 13. Dezember 1872 in der Sammlung Bd. VIII Nr. 58 schien diesen Satz anzunehmen, vgl. dagegen jedoch die entgegenstehenden Erkenntnisse in Bd. IX Nr. 112 u. Bd. XVI Nr. 72.

14) Vgl. Anschütz und Völderndorff, Kommentar Bd. III S. 333, Aehnlich auch die Entsch. des ROHG. Bd. IX S. 406, Bd. XIII S. 118 und des RG. Bd. I S. 241.

schäftes bilden soll, daß nach Ablauf der bestimmten Zeit oder Frist die Erfüllung gar nicht mehr als eine vertragsmäßige erscheint, und von den Parteien nach ihrer ursprünglichen Vertrags-Intention nicht als eine „verspätete Erfüllung", sondern geradezu als „Nichterfüllung" empfunden wird.

c. (bedungen).

Es ist einerlei, ob der Gemeinschuldner zu liefern hatte oder ob ihm geliefert werden sollte; beide Kategorien der Fixgeschäfte werden von §. 16 getroffen. Natürlich aber ist, wie später erörtert werden wird, die Wirkung eine verschiedene, je nachdem der zur Lieferung Verpflichtete oder der zur Abnahme Verbundene in Konkurs geräth.

d. (und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein).

I. Nur dann findet die Ausnahmsbestimmung des §. 16 statt, wenn das Fixgeschäft zur Zeit der Konkurseröffnung noch „hängt"; z. B. Bankier Albert hat am 15. August Creditaktien auf 15. September gefixt und am 1. September wird über ihn der Konkurs eröffnet. Nicht aber dann, wenn beim Konkursausbruche zwar das Geschäft noch nicht regulirt, der Stichtag aber schon eingetreten ist[15]). Gesetzt also: der Bankier Albert hätte der Darmstädter Bank 500 Stück Creditaktien fix am 1. September zu liefern, derselbe bewirkt diese Lieferung nicht, sondern kommt am 2. September in Konkurs, so richten sich die Rechte und Pflichten der Kontrahenten nicht nach §. 16 der KO., sondern nach Art. 356 u. 355 des A. D. HGB. Die Bank hat also — vorausgesetzt, daß sie noch am 1. September die vorgeschriebene Anzeige gemacht hat — auch noch das Recht, Erfüllung nebst Schadensersatz wegen der Verspätung[16]) zu fordern; sie kann aber auch vom Vertrage abgehen, gleich als sei er nicht geschlossen. Ebenso, wenn umgekehrt Bankier Albert von der Bank 500 Stück Creditaktien fix per 1. September gekauft, an diesem Tage die offerirten Stücke nicht abgenommen bez. bezahlt hatte und am 2. September in Konkurs kommt, braucht sich die Bank nicht mit der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Kurse der Creditaktien am 4. September (2. Werktag) zu begnügen[17]),

---

15) Ueber den Fall, wo der Stichtag und der Tag der Konkurseröffnung zusammenfallen, siehe unter Nr. III.

16) Freilich wandelt sich in Folge der Konkurseröffnung auch dieses Recht in eine Interesse-Forderung um, aber das Objekt derselben kann unter Umständen sich bedeutend höher stellen, als bei der Berechnung nach §. 16 der KO.

17) Nehmen wir an: der Kaufpreis war 200, am 1. September (Liefertag) stand

sondern sie kann nach Art. 354 des A. D. HGB. die Wahl treffen, was sie thun will.

II. Zu der Voraussetzung, daß „die Zeit oder der Fristablauf erst nach der Eröffnung des Verfahrens eintritt", muß noch die allgemeine Voraussetzung des §. 15 der KO. gezogen werden, daß nämlich das Fixgeschäft noch nicht erfüllt ist. Setzen wir folgenden Fall: A hat dem B fix am 1. September 1000 Centner Roggen zu liefern; aus irgend welchem Grunde acceptirt B schon am 15. August die Lieferung; bevor er aber den bedungenen Preis bezahlt hat, kommt er am 28. August in Konkurs. In diesem Falle kann der Verkäufer, obwohl der Stichtag erst nach der Konkurseröffnung fällt, dennoch nicht mehr auf §. 16 greifen, sondern es bleibt ihm nur übrig, seine Kaufpreisforderung im Konkurse zu liquidiren.

Ebenso wenn vom Gemeinschuldner schon zum Voraus geliefert worden wäre; in diesem Falle kann der Käufer nicht gehalten sein, die Waare wieder zurückzustellen, sondern er zahlt den Preis in die Masse.

Rechtlich kann sich auch die Entscheidung für den Fall, daß der Kaufpreis vorausbezahlt wurde, nicht anders stellen; auch in diesem Falle ist kein „hängendes Fixgeschäft" mehr vorhanden, sondern einfach eine geschuldete Lieferung [18]). Es muß also der Verkäufer diese der Masse leisten, und wenn er dies nicht thut, hat der Konkursverwalter die Rechte der Art. 357 und 355 [19]).

Ist nun aber der Gemeinschuldner der Verkäufer und findet der Verwalter es nicht etwa im Interesse sonstiger Gläubiger, das Geschäft durch

---

der Kurs auf 190, am 4. September auf 195, am 5. September auf 205. In diesem Falle wird die Bank vom Vertrage abgehen und die Aktien für sich verkaufen, weil sie damit besser fährt.

18) Ebenso Fitting §. 6 Note 16, Hullmann S. 103 ff., König S. 12, Mandry §. 40 Note 4, Meisner S. 82 Note 1, Petersen S. 90, Stieglitz S. 95, v. Wilmowski S. 120. Im Gesetze selbst ist zwar in §. 16 der Ausdruck so allgemein gehalten, daß man mit Mandry S. 422 Note 4, v. Sarwey (S. 75) 88 und Wengler S. 151 auch den Fall des einseitigen Erfülltseins darunter subsumiren kann. Allein die Stellung des §. 16 im zweiten Titel, welcher überhaupt nur von beiderseits unerfüllten Geschäften handelt, spricht gegen diese Auslegung. Uebrigens wird die Vorausbezahlung des Kaufpreises bei Fixgeschäften im Verkehre nicht oft vorkommen.

19) Wählt der Verwalter die einfache Auflösung des Geschäftes, so fordert er den Kaufpreis zurück; wählt er den Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so gebührt ihm nicht nur die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Börsenpreise am Stichtage, sondern natürlich der Kaufpreis selbst auch wieder zurück.

effektive Lieferung am Stichtage zu beendigen[20]), so kann der Käufer entweder vom Vertrage abgehen und seinen vorausbezahlten Kaufpreis im Konkurse liquidiren, oder er kann seinen Schadensersatz (nach Art. 357 Abs. 3 des A. D. HGB.) als Konkursgläubiger geltend machen. Die Forderung auf Erfüllung verwandelt sich allerdings wegen der Konkursmäßigkeit des Verkäufers auch in diesem Falle in eine Forderung auf Schadensersatz, welche sich aber möglicherweise anders berechnet, als nach Art. 357 Abs. 3 des A. D. HGB.[21]).

III. Einer Erwähnung bedarf der Fall, daß Stichtag und Tag der Eröffnung des Konkurses zusammenfallen, weil die Ansicht aufgestellt wurde[22]), in diesem Falle, sowie wenn der Stichtag auf den ersten Werktag nach der Konkurseröffnung falle, müsse — weil das Gesetz diese Eventualität nicht vorgesehen — der Kurs des Erfüllungstages maßgebend sein[23]). Ich kann diese Ansicht nicht theilen. Das Gesetz spricht ganz allgemein die beiden Alternativen aus: „tritt die Zeit erst nach der Eröffnung ein oder ist sie schon vorher eingetreten"; ob lange nachher oder kurz vorher, ist einerlei, nur das „vor" oder „nach" entscheidet. Der erste Werktag nach der Eröffnung ist ebensogut nach derselben, wie der hundertste oder tausendste. War aber die Lieferung auf den Tag bedungen, an welchem dann die Eröffnung selbst eintrat, so ist zu unterscheiden, ob die Lieferzeit nach Stunden bestimmt war, oder nicht. Im ersteren Falle ist die Entscheidung klar, im zweiten Falle ziehe ich den §. 6 Abs. 3 der KO. in analoger Anwendung hieher[24]) und glaube, daß zu vermuthen ist, die bedungene Lieferzeit falle

20) Dies wird dann der Fall sein, wenn der Preis wesentlich gesunken ist.

21) Dasselbe gilt ja auch außer dem Fall des Konkurses; hat der Käufer unverzüglich am Stichtage dem Verkäufer nach Art. 357 Abs. 1 angezeigt, daß er auf Erfüllung bestehe, und erfolgt diese dennoch nicht, so ist für Liquidirung des Schadens gleichfalls nicht der dritte Absatz anwendbar; denn dieser setzt ja wörtlich voraus, daß „der Käufer statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt".

22) Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechtes Bd. II S. 264 Note 10.

23) Aus der Natur der Sache folgt dies gleichfalls; wenn ich verpflichtet bin, am 1. September zu liefern, so habe ich den ganzen 1. September Zeit, zu liefern (natürlich so lange die im Verkehrsleben übliche Tageszeit dauert). Habe ich um 12 Uhr Mittag noch nicht geliefert, und ich habe also noch den Nachmittag Zeit, es ist aber der Konkurs um 10 Uhr eröffnet worden, so fällt die mir noch übrige Zeit eben nach der Konkurseröffnung.

24) Petersen S. 93 ist der Ansicht, daß in solchem Falle Abs. 3 des §. 16 zur Anwendung zu kommen habe und daher solche Geschäfte gar nicht nach §. 16, sondern nach §. 15 zu behandeln seien. Ebenso Fitting S. 43 Note 18 u. v. Wilmowski S. 121.

nach der Konkurseröffnung. Diese Vermuthung wird aber natürlich entkräftet, wenn der Lieferungspflichtige am Tage selbst nachweisbar vor der Konkurseröffnung erfüllt hatte.

e. (nicht die Erfüllung verlangt).

Daß der Gegenkontrahent die Erfüllung nicht verlangen kann, ist nichts Besonderes; er hat ja überhaupt, wenn sein Kontrahent konkursmäßig ist, bei keinem noch hängenden Geschäfte die Wahl, sondern muß annehmen, welchen Weg der Konkursverwalter gehen will. Daß aber auch der letztere bei den Geschäften der obigen Art keine Wahl hat, sondern stets die Nichterfüllung als Folge der Konkurseröffnung eintritt, ist der Inhalt des §. 16; er ist also eine wahre Ausnahmsbestimmung[25]). Die innere Bedeutung

---

25) An und für sich sind die legislativen Gründe nur für die gesetzgebenden Faktoren und bei einer lex lata nicht mehr für den Richter von Relevanz; allein im gegebenen Falle scheinen mir die „Motive" ein wesentlicher Interpretationsbehelf zu sein, weshalb ich sie hier im Auszuge folgen lasse (wobei ich jedoch nicht verhehlen kann, daß dieselben schlagender wären, wenn in §. 15 (wie im I. E.) die richterliche Fristsetzung geblieben sein würde): „Kein anderer Vertrag unterliegt so regelmäßigen und so erheblichen Preisschwankungen seines Gegenstandes, wie ein solches Fixgeschäft. Es ist eine naturgemäße Erscheinung, daß der Kurs der Fonds oder der Produkte, welche der Gemeinschuldner an dem zukünftigen Termin liefern oder abnehmen sollte, in der Zwischenzeit von der Eröffnung des Konkursverfahrens bis zu diesen Terminen ein wechselnder und namentlich in Zeiten von Krisen, in welchen Zahlungseinstellungen eine größere Verbreitung erlangen, ein erheblich verschiedener sein wird. Würde nun die Regulirung des Geschäftes bis zum Stichtage ausgesetzt, so entstünden durch diese Kursschwankungen die größten Uebelstände sowohl für die Konkursmasse, als für die Mitkontrahenten. — Hiezu kommt aber der Uebelstand, welcher für die letzteren in der Ungewißheit, welche die Wahl des Verwalters zwischen Erfüllung und Nichterfüllung bedingen würde, und in der Unsicherheit, ob der Verwalter, wenn er Erfüllung wählt, diese pünktlich leisten werde, liegen müßte. Die Fixgeschäfte sind keineswegs der Regel nach Differenzgeschäfte; es wird effektiv über die Lieferung der Waare kontrahirt. Aber es ist bei einem entwickelten Handelsverkehr die Regel, daß die zu liefernde Waare den Gegenstand nicht blos des einen Geschäfts, sondern einer ganzen Reihe von Geschäften bildet. Die 1000 Centner Roggen, welche von dem Gemeinschuldner per Mitte Juni an den A zu liefern waren, hatte der A zu demselben Termin an den B verkauft, gleichzeitig sind auf diese Waare und Lieferungszeit zwischen dem B und C, dem C und D u. s. w. ebensolche Geschäfte abgeschlossen. Die Lieferung und Abnahme des Roggens erfolgt nur einmal: sie erfolgt unter den verschiedenen Kontrahenten durch Uebertragung des Kündigungszettels von dem einen Käufer auf den anderen. — So steht das zwischen dem Gemeinschuldner und dessen

derselben wird von den Motiven kurz und schlagend dahin präzisirt: „der eintretende Konkurs löst jedes Lieferungsgeschäft in ein Differenzgeschäft auf"[26]). Es wird also gleichsam angenommen, daß in der Insolvenz des einen Kontrahenten die stillschweigende Anzeige an den anderen liege: derselbe könne (wenn er Verkäufer ist) als insolvent nicht liefern, — (wenn er Käufer ist) als nunmehr ohne Dispositionsbefugniß nicht abnehmen[27]).

Die Vorschrift ist somit eine gesetzliche Fiktion und ihr Motiv die Rücksicht auf das Interesse sämmtlicher Gläubiger. Deshalb ist sie der Privatdisposition entzogen und, wenn also auch vor dem Konkurse, schon bei Ab-

---

Kontrahenten abgeschlossene Lieferungsgeschäft nicht vereinzelt da, es bildet ein Glied in einer langen Kette gleichartiger Geschäfte. Sobald ein Glied ausfällt, muß es durch ein anderes ersetzt werden. In welche Lage würde der Mitkontrahent kommen, wenn es in der Ungewißheit bliebe, ob das Geschäft mit dem Gemeinschuldner erfüllt werden wird oder nicht? Der Käufer des Gemeinschuldners kann nicht riskiren, daß dessen Lieferung unterbleibt; er muß weiter liefern und daher doppelt kaufen; wählte trotzdem der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages, so hätte der Kontrahent unnütz und bei ungünstiger Konjunktur mit doppeltem Verlust gekauft. Oder derselbe hatte an den Gemeinschuldner verkauft, von einem Andern gekauft; der Verwalter nimmt nicht ab, der Kontrahent bleibt „hängen". Allemal sind ihm die Hände gebunden. Der Kontrahent, welcher in einer zusammenhängenden Reihe von Operationen sich befindet, muß sich decken können, er muß vor dem Lieferungstermin wissen, ob das eine Geschäft erfüllt wird oder nicht, damit er letzteren Falls die Freiheit der Operation mit Rücksicht auf das andere habe. Hier kann der Kontrahent nicht auf eine richterliche Entscheidung darüber verwiesen werden, ob der Verwalter sein Wahlrecht rechtzeitig ausgeübt habe oder nicht".

26) Mit Recht sagen die Motive: „die Gewißheit, daß das Geschäft nicht zur Ausführung gelangt und statt dessen Entschädigung gewährt wird, gereicht beiden Theilen zum Vortheil".

27) Diese Umwandlung ist eine definitive; „die Wirkung des Paragraphen" — sagt ein Erk. des Berl. Obertrib. v. 9. Oktober 1860 (bei Striethorst Bd. 38 S. 285 ff.) in Bezug auf den analogen §. 17 der Pr. KO. — nach welchem die Erfüllung von Lieferungsgeschäften des Kribars über fungible marktgängige Sachen für den Fall des Konkurses untersagt und nur ein Entschädigungsanspruch nach der Differenz des Kontrakts- und Marktpreises am Erfüllungstage nachgelassen ist — „wird durch die in Folge des Akkords eintretende Beendigung des Konkurses nicht beseitigt." Ein anderes Erkenntniß (Striethorst Bd. 73 S. 353) stellt (auf Grund des Pr. LR. Th. I Tit. 5 §§. 380 ff.) den Satz auf: es könne, wenn der Konkurs wieder aufgehoben, zwar der Dritte gegen den Gemeinschuldner, nicht aber dieser gegen den Dritten einen Entschädigungsanspruch erheben. Mit Recht bezeichnet v. Wilmowski (S. 721) diese Entscheidung als „bedenklich".

schluß des Geschäftes Bestimmungen getroffen worden wären, welche die Vorschrift des §. 16 der KO. beseitigen sollen, so haben diese doch, sobald der Konkurs ausbricht, den Mitgläubigern gegenüber keinerlei Wirksamkeit [28]). Und im Falle ein solches Fixgeschäft, abgesehen vom Konkurse, nach anderen Gesetzen [29]) zu beurtheilen wäre, ist doch im Konkurse nur die Vorschrift des §. 16 maßgebend.

f. (geltend gemacht werden).

Hierin liegt eine gewisse Ungleichheit; der Gegenkontrahent muß, weil er solvent ist, der Konkursmasse den vollen Betrag der Forderung entrichten. Er selbst aber kann seine Forderung natürlich nicht (wie dann, wenn vom Verwalter die Erfüllung des gewöhnlichen Geschäftes gewählt wird), als Masseschuld geltend machen, sondern nur als Konkursforderung; er muß sich also am Verfahren betheiligen und bekommt von seiner Forderung nur, was ihn pro rata bei der Vertheilung trifft. Allein dies ist eben nothwendige Folge der Zahlungsunfähigkeit seines Kontrahenten und trifft ihn nicht härter wie jeden anderen Gläubiger.

Man könnte noch fragen, wie es mit den dritten Wahlalternativen des Art. 354 und 355 des Allg. D. HGB. sich verhält; in diesen wird nämlich dem nichtsäumigen Kontrahenten das Recht, Erfüllung zu verlangen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder einfach vom Vertrage abzugehen, eingeräumt. Der §. 16 der KO. läßt nur das Recht Erfüllung zu verlangen bei Konkursmäßigkeit des einen Kontrahenten hinwegfallen, von der Befugniß, einfach vom Vertrage abzugehen, spricht der Paragraph nicht. An sich stünde nun nichts im Wege, dieselbe auch dem Gemeinschuldner gegenüber aufrecht zu erhalten, da er am Stichtage nicht erfüllt und es eigentlich einerlei ist, ob der Verkäufer nicht liefert, weil er nicht liefern kann oder weil er nicht liefern will, und ob der Käufer nicht bezahlt, weil er nicht bezahlen kann oder weil er nicht bezahlen will. Allein Angesichts der im Gesetze gebrauchten Worte „es kann nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden" und im Hinblicke auf die Motive (vgl. Note 25), welche mit aller Bestimmtheit die Zuläſsigkeit einer Wahl wegen der dadurch veranlaßten Unsicherheit ausschließen, wird man sich wohl dahin aussprechen müssen, daß bei Fixgeschäften der Käufer deshalb, weil der Verkäufer in Folge eines über ihn ausgebrochenen Konkurses am Stichtage nicht liefert, und umgekehrt der Verkäufer deshalb, weil der Käufer in Folge eines über ihn ausgebrochenen Konkurses die am Stichtage offerirte

28) Erk. des Berl. Obertrib. v. 7. Mai 1867 bis Striethorst Archiv Bd. 68 S. 86 ff.

29) Z. B. nach dem am ausländischen Erfüllungsorte geltenden Rechte.

Lieferung nicht bezahlen zu können erklärt, von der dritten Alternative der Art. 354 und 355 des Allg. D. HGB., nämlich von der Befugniß vom Vertrage abzugehen, gleich als ob er nicht geschlossen wäre, keinen Gebrauch machen kann.

g. (der Betrag dieser Forderung).

Die Ermittlung des zu gewährenden Schadensersatzes weicht erheblich von der Vorschrift des Art. 357 Abs. 2 und 3 des Allg. D. HGB. ab. Während hier der Verkäufer vor Allem auf den Weg der Selbsthilfe durch Verkauf der noch nicht übergebenen Waare verwiesen wird, ist dies weder dem konkursmäßigen Verkäufer noch auch gegenüber dem konkursmäßigen Käufer gestattet; und zwar deshalb, weil es sich hier nicht um einen Verzug nach eingetretenem Erfüllungstermine handelt, sondern weil durch den eingetretenen Konkurs das Liefergeschäft sich naturgemäß in ein Differenzgeschäft auflöst (Motive). Eine weitere Abweichung vom Handelsgesetzbuche besteht darin, daß als Betrag des Schadensersatzes zwar die Differenz zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- oder Börsenpreise, welcher an dem Ort der Erfüllung (oder an den für denselben maßgebenden Handelsplätzen [30]) sich ergibt, beibehalten ist, aber als Tag der Berechnung nicht „die Zeit der geschuldeten Lieferung", sondern der zweite Werktag nach der Eröffnung des Konkursverfahrens zu gelten hat. Die Gründe für diese Aenderung werden in den Motiven [31]) ausführlich erörtert; es genügt, hier hervorzuheben, daß sich der seinerzeitige Kurs am Stichtage und beziehungsweise der Durchschnittskurs während der Erfüllungsfrist beim Eintritte des Konkursverfahrens nicht voraussehen läßt, daß aber der Gegenkontrahent schon zu dieser Zeit wissen muß, wir er daran ist; es entspricht also der Absicht der Parteien, mit der Konkurseröffnung den Lieferungstermin für abgelaufen zu erachten. Da es nun aber der Hauptzweck des §. 16 ist, den Mitkontrahenten in die Lage zu bringen, an Stelle des mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Geschäftes zur Deckung seiner Verbindlichkeiten ein neues gleichartiges Geschäft zu demjenigen Preise abzuschließen, welcher für jenes Geschäft mit dem Gemeinschuldner berechnet wird, und dieser Abschluß am Tage der Konkurseröffnung, welche oft erst nach dem Schluß der Börse erfolgen und selten am Schluß derselben an den Kontrahenten bekannt werden kann, nicht wohl vorzunehmen sein wird, so ist ein späterer, aber naheliegender Termin gewählt worden [32]).

---

30) Dieser Zusatz ist keine Aenderung, da Art. 353 des Allg. Deutsch. Handelsgesetzbuches denselben enthält und er daher auch für Art 357 Abs. 3 heranzubeziehen ist.

31) Zum II. E. S. 71—74.

32) Auch hier kommt das oben Erörterte (vgl. S. 243 Note 28) zu beachten, daß

Was nun die Berechnung des als maßgebend zu erachtenden Preises betrifft, so unterscheidet sich dieselbe dem Prinzipe nach nicht von der nach dem Handelsgesetzbuche im Allgemeinen stattfindenden. Es ist auch hier der Kaufpreis einerseits und der Markt- und Börsenpreis andererseits zu vergleichen und die Differenz beider als Forderungsbetrag anzunehmen. Z. B. A in Dachau hat dem B ultimo Mai 100 Stück Kreditaktien zu 500 zu liefern; er kommt am 1. April in Konkurs; in München als dem für Dachau maßgebenden Handelsplatze werden am 3. April Kreditaktien, lieferbar per ultimo Mai, mit 520 gemacht, so beträgt die Forderung des B, welche er im Konkurse des A liquidiren kann, 2000. Umgekehrt, wenn sie mit 499 notirt werden, hat B in die Masse 100 einzuzahlen.

h. (am zweiten Werktage).

I. Der Ausdruck „Werktag" ist nach Art. 92 der A. D. WO. und Art. 329 des A. D. HGB. auszulegen; es sind daher als Gegensatz nicht nur die Sonntage, sondern auch die allgemeinen Feiertage zu verstehen. Freilich ist dieser letztere Begriff sehr schwankend und wo nicht Spezialgesetze [33]) darüber positive Verfügung treffen oder Usancen bestehen [34]), ist die Frage, ob ein Feiertag ein allgemeiner sei oder nicht, nach der Gewohnheit des Erfüllungsortes zu entscheiden [35]). Auf die Person der Kontrahenten kommt es hiebei nicht an; in München z. B. wird der Bennotag auch für einen Protestanten, in Augsburg das Friedensfest auch für einen Israeliten nicht als Werktag anzusehen sein, obwohl ihnen ihre Religion an diesen Tage keinen Feiertag gebietet.

II. Sehr zweifelhaft erscheint mir der Ausdruck „zweiter" Werktag. Prüft man nämlich die in den Motiven [36]) niedergelegte Begründung der getroffenen Bestimmung, so ergibt sich, daß nach der Intention des Gesetzgebers eigentlich die Regulirung des Geschäftes sofort mit der Konkurs-

---

die Vorschrift eine zwingende ist. Sollte daher auch durch Vertrag (Schlußschein) eine andere Berechnung schon beim Geschäftsabschlusse zwischen den Kontrahenten verabredet gewesen sein, so ist dieselbe doch nicht maßgebend. A. A. v. Wilmowski S. 122.

33) Vgl. z. B. die in Anschütz u. Völdernborff, Kommentar Bd. III S. 241 Note 6 aufgezählten Einführungsgesetze.

34) Die Usancen der Berliner Fondsbörse z. B. setzen fest, daß die beiden jüdischen Neujahrstage und der jüdische Versöhnungstag als allgemeine Feiertage zu gelten haben.

35) Hierüber dürfte als (freilich nicht sehr juristisches) Kriterium nach meiner Meinung maßgebend sein, ob in dem Ortskalender der betreffende Tag roth gedruckt ist.

36) Zum II. E. S. 74.

eröffnung eintreten sollte; daß ein späterer Zeitpunkt gewählt wurde, geschah nur, weil jene sofortige Regulirung in der Praxis nicht wohl möglich wäre, da die Börse an dem Eröffnungstage in der Regel, bis der Beschluß gefaßt und jedenfalls bis er bekannt wird, geschlossen sein würde. Daraus folgt aber nur, daß man also bis zum nächsten Tage warten muß; dafür jedoch, daß man noch weitere 24 Stunden zusehe, ist kein Grund vorhanden und in den Motiven auch keiner aufgeführt. Man möchte daher annehmen, daß mit der Bezeichnung „am zweiten Tage" nach Analogie des Art. 92 der A. D. WO. und Art. 329 des A. D. HGB. der nächstfolgende Werktag als Regulirungstag gemeint sei. Es wäre dann der Tag der Eröffnung als der erste, der folgende als der zweite gerechnet, wie in der gewöhnlichen Sprachweise, wenn man sagt, „am dritten, am vierten Tage nach dem oder jenem Ereignisse", stets der Tag dieses Ereignisses als erster gezählt wird[37]).

Hiegegen läßt sich aber bemerken:

a) Hätte der §. 16 der KO. dieselbe Bestimmung treffen wollen, wie Art. 92 der A. D. WO. und Art. 329 des A. D. HGB., so würde derselbe wohl den gleichen Ausdruck gebraucht und gesagt haben: „am nächsten Werktage".

b) In Art. 41 der A. D. WO. findet sich der analoge Ausdruck: „am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage" und auch hier ward anfänglich die Auslegung versucht, daß bei der Berechnung der Verfalltag als erster Werktag zu zählen sei[38]). Allein die Praxis hat sich übereinstimmend der entgegengesetzten Ansicht angeschlossen[39]) und es dürfte daher bei völlig gleichem Wortlaute auch der §. 16 in gleicher Weise zu verstehen sein.

Sonach ist der Tag der Konkurseröffnung und ein darauffolgender Werktag frei zu lassen, so daß, wenn z. B. der Konkurs am Charsamstag eröffnet würde, nicht nur der Ostersonntag und Ostermontag (als zwei Feiertage), sondern auch noch der Dienstag unberücksichtigt bleibt, und die Regulirung des Fixgeschäftes am Mittwoch stattfindet[40]).

i. (mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte).

„Der maßgebende Preis kann selbstverständlich nicht der Preis sein,

---

37) Das berühmteste Beispiel gibt der Bibelspruch: „am dritten Tage wieder auferstanden", wo Charfreitag den Anfang der Berechnung bildet und Ostersonntag dieser dritte Tag ist.

38) Z. B. ein Oesterreichisches Erkenntniß v. 1851 in der Gerichtszeitung Beilage zu N. 90.

39) Vgl. die Citate bei Volkmann u. Löwy S. 171 u. Hoffmann S. 385 ff.

40) Ebenso Petersen S. 92 und v. Wilmowski S. 122.

welcher für Kassa- oder Lokogeschäfte, für sofortige Lieferung an diesem Tage gezahlt wird, sondern nur der Preis, welcher an diesem Tage für die Lieferung der gleichartigen Waare zu der bedungenen Erfüllungszeit der geltende ist; sonst würde der Inhalt des Vertrages eine willkürliche Aenderung erleiden" [41]). Es ist dies schon im obigen Beispiele (S. 245) dargelegt: wenn A, welcher am 1. April in Konkurs geräth, dem B ultimo Mai 100 Stück Kreditaktien um 500 zu liefern hatte, so muß das Geschäft am 3. April (als am zweiten Werktage) regulirt werden. Aber es kommt nicht darauf an, wie hoch Kreditaktien am 3. April bezahlt werden (denn am 3. April sind sie ja nicht zu liefern), sondern darauf, wie sich am 3. April Kreditaktien per ultimo Mai stellen. Und wenn etwa Roggen von dem in Danzig domizilirenden C am 1. Oktober in Berlin zu liefern war und über C wird am 1. August der Konkurs eröffnet, so ist irrelevant, was am 2. August loco Danzig der Roggen per Kassa kostet, sondern es kommt in Frage: was kostet ein am 2. August in Danzig auf 1 Oktober nach Berlin gefixter Roggen? [42]).

k. (Ist ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln).

Die Ermittelung des Markt- oder Börsenpreises geschieht in der Regel durch amtliche oder halbamtliche Feststellungen; indessen ist dies (wie oben S. 236 bemerkt) keineswegs absolutes Erforderniß; derselbe kann ebensogut durch Sachverständige festgestellt werden. Angesichts dieses letzteren Umstandes möchte man meinen, daß der Fall des §. 16 Abs. 3 überhaupt gar nicht vorkommen könne; denn nachdem Abs. 1 nur von Waaren spricht, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, so ist der Fall ausgeschlossen, daß der Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln ist, weil keiner besteht; besteht aber ein solcher, so muß er unter allen Umständen auch zu ermitteln sein. Aus dieser Erwägung ergibt sich als der richtige Sinn des obigen dritten Absatzes, daß diejenigen Fälle gemeint sind, in welchen an dem **Orte** der Erfüllung und für die vereinbarte **Zeit** der Erfüllung am Regulirungstage sich ein Markt- oder Börsenpreis nicht ermitteln läßt. So haben z. B. Cochenille, Smyrnafeigen u. dergl. allerdings einen Marktpreis, und es ließe sich derselbe auch mittelst Korrespondenz an Plätze, wo diese Waaren in Fixgeschäften gehandelt werden, jederzeit ermitteln.

---

41) Motive zum I. E. S. 98.

42) Fuchs, Deutscher Concursprozeß S. 107 drückt dies so aus: „es soll der Vertrag als auf den zweiten Werktag nach der Konkurseröffnung abgeschlossen und als nicht zu erfüllender angesehen werden." Das „auf" macht die Sache indessen etwas unklar, es wäre vielleicht besser zu sagen: „am".

Allein wie sich für ein Geschäft auf am 1. Juni 1880 in München zu liefernde größere Quantität von Cochenille am 1. Mai 1880 in Augsburg der Kompensationskurs stellt, das läßt sich nicht ermitteln, weil Fixgeschäfte in solcher Waare in Augsburg und München nicht üblich sind.

l. (keine Anwendung).

Für derartige Fälle liegt (wie die Motive bemerken) „überhaupt kein Bedürfniß vor, die Spezialbestimmung des §. 16 — die unbedingte Nichterfüllung des Lieferungsgeschäftes — eintreten zu lassen; es kann in diesem Falle weder davon die Rede sein, daß die Kontrahenten gefährlichen Kursschwankungen ausgesetzt sein würden, noch davon, daß das fragliche Lieferungsgeschäft ein Glied bilde in einer Reihe anderer derartiger Geschäfte." Die Folge dieser Nichtanwendbarkeit der Spezialbestimmung ist natürlich, daß die allgemeine Regel wieder eintritt. Demnach hat auch bei obigem Fixgeschäfte über Cochenille der Konkursverwalter nach §. 15 die Wahl, ob er am 1. Juni 1880 die Waare liefern oder das Geschäft annulliren will, und der Käufer kann nach ausgebrochenem Konkurse den Verwalter auffordern, sich zu erklären, wie er es mit dem Geschäfte halten will.

---

§. 17.

Pacht- und Miethverträge.

Auf Pacht- und Miethverträge über Sachen [a]) übt, wenn deren Uebergabe schon erfolgt ist [b]), die Eröffnung des Verfahrens folgende Wirkungen aus:

1) hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet, so kann sowohl der andere Theil als der Verwalter den Vertrag aufkündigen [c]). Die Frist oder Zeit für die Kündigung [d]) ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war [e]), die gesetzliche oder ortsübliche [f]);

2) hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermiethet [g]), so wirkt eine freiwillige Veräußerung der Sache durch den Konkursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung sowie auf die Dauer des Vertrages wie eine Zwangsversteigerung [h]).

I. E. §. 22; II. E. §. 17; Pr. H. G. Art. 718; Pr. K.O. §. 18; B. P.-O. Art. 1220 Abs. 1 u 2.

a. (Pacht- und Miethverträge über Sachen).

I. Den Ausdruck „Pacht" gebraucht man in der Regel, wenn die zur

Benützung überlassene Sache eine fruchtbringende ist; andere Sachen werden „vermiethet".

Das Wort „Sachen" steht übrigens im obigen Paragraphen nicht als Gegensatz zu „Rechten", sondern zu „Diensten" und „Werken"; es sind daher auch Miethverträge, deren Objekt die Ausübung eines Rechtes ist, unter die obige Vorschrift zu subsumiren. Um so mehr, als man bei diesen gewöhnlich von einem „Pachte" spricht, weil naturgemäß nur fruchtbringende Rechte Gegenstände des Vertrages zu sein pflegen.

Fiskalische Pacht- oder Miethverträge sind nicht von der Anwendbarkeit des §. 17 ausgeschlossen, das gemeinrechtliche Privilegium des Fiskus, daß die Pachtungen durch die Gant des Pächters sofort gelöst werden, ist von der KO. nicht anerkannt [1]).

II. Der Paragraph spricht nur von Pacht- und Miethverträgen. Wie ist es, wenn das Pacht- oder Miethverhältniß auf testamentarischer Anordnung beruht [2])? Daß wenn der Verpächter oder Vermiether in Konkurs geräth, auch in solchem Falle eine Veräußerung des Objektes nach §. 17 Nr. 2 der KO. zu behandeln ist, erscheint als ebenso zweifelhaft, wie ob bei einem Konkurse der Pächter oder Miether dem Gegenkontrahenten ein Kündigungsrecht freistehe. Das Berliner Obertribunal hat den früheren §. 18 der Pr. KO. auch für solche Verhältnisse anwendbar erklärt [3]). Soferne durch das Testament nur eine persönliche Obligation zwischen dem Erben und dem Pächter oder Miether erzeugt ist, wird man dieser Entscheidung auch beistimmen müssen. Anders aber freilich, wenn ein dingliches Recht auf Benützung der Sache in Frage steht.

b. (wenn deren Uebergabe schon erfolgt ist).

I. Während die früheren Gesetze (z. B. die Preuß. Konk.-Ordn., die Bayerische Proz.-Ord.) die Pacht und die Miethe in Bezug auf die an ihnen geübten Wirkungen der Konkurseröffnung verschieden behandelten, dagegen das Moment der Uebergabe für irrelevant erachteten, stellt die Deutsche Konkursordnung den Pacht- und Miethvertrag ganz gleich [4]), unterscheidet aber, ob der Vertrag blos geschlossen, oder ob er bereits angetreten, das

---

1) v. Sarwey S. 93.

2) Z. B. der Gutsbesitzer A hat seinem Erben B die Verpflichtung auferlegt, bis zu seinem 24. Jahre die Eheleute C im Pachte des Vorwerks X gegen 1200 Mk. Jahrespacht zu belassen.

3) Erk. v. 14. Juli 1871 in den Entscheidungen Bd. 65 S. 416.

4) Ich halte dies für eine wesentliche Verbesserung; es fallen damit alle jene Kontroversen hinweg, welche ehedem erhoben zu werden pflegten darüber, ob ein vorliegendes Verhältniß als Pacht oder als Miethe angesehen werden solle.

heißt, die verpachtete oder vermiethete Sache bereits übergeben ist. Das Gesetz unterscheidet hiebei nicht, ob die Uebergabe nur eine theilweise oder vollständige war, und es könnte sich daher fragen, ob bei theilweiser Uebergabe der Vertrag theils nach §. 17, theils nach §. 18 zu beurtheilen sei. Es ist nach meinem Dafürhalten zu unterscheiden, ob die Uebergabe blos eine theilweise ist in Betreff der Objekte, oder ob der Akt selbst noch unvollendet erscheint. Z. B. A verpachtet dem B sein Braugeschäft, wozu ein Bräuhaus in München und ein Keller in Haidhausen gehört; das Bräuhaus hat A, als über ihn der Konkurs ausbricht, dem Pächter übergeben, den Keller noch nicht. Soll hier der Vertrag in Betreff des Kellers sofort aufgelöst werden können, der Bräuhauspacht aber der Kündigung unterliegen? Ich glaube nicht; nach meiner Meinung ist der Vertrag als ein Ganzes anzusehen und da der Pacht bereits „angetreten" ist, wenn auch noch nicht vollständig, so muß das ganze Verhältniß nach §. 17 behandelt werden [5]).

Anders, wenn der Akt der Uebergabe erst theilweise vollzogen wurde; z. B. A hat den Münchner Rathskeller gepachtet; er ist zwar in den eigentlichen Keller eingewiesen, aber das Inventar ist ihm noch nicht übergeben, da bricht die Gant über ihn ein. Hier kann nicht gesagt werden, das „Geschäft" sei ihm bereits übergeben, und es wird also §. 18 zur Anwendung zu kommen haben [6]).

II. Das Gesetz macht seine Unterscheidung lediglich von der Uebergabe der Sache abhängig; es ist also für die Beurtheilung der Rechtsfrage irrelevant, ob der Pacht- und Miethzins etwa vorausbezahlt worden ist. Es wird also z. B. der Konkursverwalter berechtigt sein, den Miethvertrag, welchen der am 1. August insolvent gewordene Gemeinschuldner über den I. Stock seines Hauses auf das kommende Ziel Michaeli mit dem B geschlossen hat, nach §. 18 aufzulösen, wenngleich B, noch ehe er eingezogen ist, dem Vermiether den Miethzins bereits bezahlt hatte [7]). Dieser kann nur seine Vorausbezahlung als Gläubiger (ex causa data causa non secuta) im Konkurse zurückfordern (nach §. 21) und den ihm durch Nichteinräumung der Wohnung etwa zugehenden außerordentlichen Schaden gleichfalls im Konkurse liquidiren. Desgleichen wenn z. B. der Kaufmann Ellenhuber in der Maffeistraße einen Laden auf fünf Jahre gemiethet und ihn bezahlt hat,

---

5) Ebenso v. Wilmowski S. 124; Stieglitz S. 99 (Note).

6) v. Wilmowski S. 124 ist der Ansicht, es komme darauf an, ob das Wesentliche übergeben sei oder nicht.

7) Ebenso Fitting S. 45 Note 23, welcher mit Recht bemerkt, daß der Grund der Vorschrift, die Rücksicht auf die wesentliche Bedeutung der Persönlichkeit des Pächters oder Miethers, auch in diesem Falle Platz greife.

er kommt aber, ehe er einzieht, in Konkurs, so kann der Verwalter sofort kündigen und der vorausbezahlte Zins muß (mit Ausnahme der Rate für das eine nach §. 17 Ziff. 1 einzuhaltende Ziel) in die Masse vom Hausherrn zurückvergütet werden [8]).

c. (den Vertrag aufkündigen).

Der §. 17 Ziff. 1 regelt den Fall, in welchem der Gemeinschuldner Pächter oder Miether und nicht nur der Vertrag perfekt, sondern auch der Pacht oder die Miethe bereits angetreten ist. Der Vertrag bleibt in diesem Falle bestehen und modifizirt sich nur in Betreff des Kündigungsrechtes.

A. Wird von keiner Seite gekündigt, so hat der Konkurs auch rechtlich keinen Einfluß auf den Fortbestand des Kontraktverhältnisses, es wird in seiner vollen Ausdehnung fortgesetzt, vorbehaltlich jedoch der Wirkungen in Betreff der Person des Gemeinschuldners.

Zwei Fragen bedürfen hier der näheren Erörterung:

I. Die erste Frage, welche sich aufdrängt, ist: wer setzt Pacht und Miethe fort: der Gemeinschuldner oder die Gläubiger, die Masse, der Verwalter?

Die Motive lassen die Frage unentschieden, sie beschränken sich darauf, wiederholt aus der Natur und dem Zwecke dieser besonderen Art von Vertrag zu deduziren, daß auf ihn die Regel des §. 15 nicht Anwendung finden könne, sondern „trotz der Eröffnung des Konkurses die Erfüllung einer angetretenen Pacht oder Miethe unmittelbar ihren kontraktlichen Fortgang nehmen müsse." Da nun aber nach §. 5 der KO. der Gemeinschuldner in Betreff seines bisherigen Vermögens die Dispositionsbefugniß verliert und für seine Person daher auch diesen kontraktlichen Fortgang nicht durchführen kann, so muß wohl angenommen werden, daß der Verwalter für die Masse im Interesse der Gesammtgläubiger in Pacht und Miethe eintritt. Hiefür spricht auch die Quelle des §. 17, nämlich der §. 18 der Pr. KO., welcher sagt: „bestehende Miethkontrakte des Gemeinschuldners gehen auf die Gläubigerschaft über"; „eine Pachtung des Gemeinschuldners wird von der Gläubiger-

8) Ein Erk. des RG. v. 25. März 1882 (Entsch. Bd. VI S. 112 u. 114) erkennt diesen Satz an für den Fall, daß der Gemeinschuldner den Miethzins für die spätere Zeit bereits vor der Konkurseröffnung cedirt hätte. Ob der Dritte in bona oder mala fide gewesen ist, kann einen Einfluß nicht üben; denn nachdem der Gegenkontrahent den Anspruch auf Leistung aus der Konkursmasse hat, ist er eben deshalb auch zur Gegenleistung an die Masse verpflichtet. Das Reichsgerichtliche Erkenntniß stellt das Verhältniß und die Rechte der Gläubiger zu dem Gemeinschuldner und seinen Verfügungen in Parallele mit dem Verhältniß und die Rechte der Hypothekgläubiger zu den Verfügungen des Eigenthümers des verpfändeten Grundstückes.

schaft fortgesetzt"; „bei Vermiethungen und Verpachtungen des Gemeinschuldners tritt die Gläubigerschaft lediglich an die Stelle desselben"[9]).

Allerdings ist es nicht der Verwalter für seine Person, welcher den Vertrag fortsetzt, sondern es ist dies die durch ihn vertretene Masse, und gerade hier zeigt sich die Nothwendigkeit, diese als Rechtssubjekt aufzufassen und ihr eine vermögensrechtliche Persönlichkeit zu vindiziren. Es ergibt sich schon aus dem Zwecke des gesammten Konkursverfahrens, daß als Interessent in dem fortgesetzten Pacht- und Miethverhältnisse nur das zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger selbständig gewordene Vermögen erscheint, nur wenn es zur Erreichung dieses Zweckes diensam erachtet wird, tritt der Verwalter in die Verbindlichkeit ein, damit ist aber auch gegeben, daß eben jener Interessent, also die Masse, als Kontrahent eintritt[10]).

Die praktischen Folgen dieses Ueberganges[11]) sind sehr erheblich; vor Allem regelt sich hierdurch die Frage: wer zahlt den Miethzins (vgl. S. 218) und wer nimmt denselben ein (vgl. unten lit. g)? Sodann aber ergibt sich, daß der Gemeinschuldner weder einen Anspruch auf Verbleiben in den gemietheten Räumen noch auf Fortgenuß des Pachtobjektes mehr hat[12]). Der Konkursverwalter kann daher z. B. sofort nach der Eröffnung des Verfahrens den Gemeinschuldner und seine Familie aus der Wohnung und aus dem Laden heraus-

---

9) Diese allgemeinen Sätze sind wohl nur in Konsequenz der oben (S. 33 u. 30) erörterten Verneinung der „Gesammtgläubigerschaft" als Personeneinheit und des „allgemeinen Vermögensüberganges" beseitigt worden, während der ihnen zu Grunde liegende Gedanke beibehalten ist.

10) Es ist interessant zu sehen, wie das praktische Bedürfniß hier selbst die Gegner obiger Ansicht veranlaßt, unwillkürlich den richtigen Ausdruck zu wählen: „Die Verpflichtungen des Gemeinschuldners aus dem Vertrage erscheinen dann als Verbindlichkeiten der Masse, und das Verhältniß ist überhaupt so zu beurtheilen, als wenn erst der Verwalter den Vertrag für die Masse abgeschlossen hätte", sagt z. B. Fitting. Ein reichsgerichtliches Erkenntniß (Bd. VI S. 112) drückt sich dahin aus: für die Zeit nach der Konkurseröffnung wird dem Miether die Wohnung nicht im Interesse und in Vertretung des Gemeinschuldners, sondern nur im Interesse und in Vertretung der Gläubiger gewährt.

11) Der aber natürlich keine Novation, auch keine Cession der Vertragsobligationen bez. Schuldübernahme ist, sondern die faktische Ersetzung der Person des Gemeinschuldners in allen vermögensrechtlichen Beziehungen durch den Konkursverwalter als Massepfleger.

12) Wenn ein reichsgerichtliches Erkenntniß vom 17. April 1880 (Entscheid. Bd. II S. 23) die Zulässigkeit der Wechselpräsentation im Geschäftslokale mit den Worten motivirt: „Das Geschäftslokal bleibt immer noch das Geschäftslokal

schaffen lassen[13]), wobei allerdings im Hinblicke auf §. 118 der KO. (da eine Wohnung zu haben auch zum „nothdürftigsten" Unterhalt gehört) der Kridar nicht auf die Straße gesetzt, sondern ihm eine billige Frist zur Unterkunft gewährt werden muß. Desgleichen geht fortan der Betrieb einer Pachtung auf Wag und Gefahr der Masse, wie diese auch die Nutzungen bezieht, selbst dann, wenn dieselben aus der Thätigkeit des Gemeinschuldners hervorgegangen sind, z. B. die von ihm gesäete Ernte u. s. w.[14]).

Dieser Eintritt der Masse und für sie des Verwalters in die Pacht- und Miethverhältnisse hat kaum ein Bedenken, wenn keiner der Kontrahenten aufkündigt; denn in diesem Falle liegt gleichsam die stillschweigende Erklärung vor, den Vertrag unter den nun veränderten Verhältnissen fortsetzen zu wollen. Allein wenn einer der Theile von der in §. 17 Ziff. 1 gewährten Kündigung Gebrauch macht und damit deutlich erklärt, ihm tauge das Vertragsverhältniß nicht, er wolle statt des Gemeinschuldners nicht eintreten, bez. sich statt desselben die Masse nicht gefallen lassen, wie dann? Man könnte rechtlich in diesem Falle sehr wohl für die noch auszuhaltende Mieth- oder Pachtzeit die bisherigen Parteien als im Vertrage verbleibend ansehen, um so mehr, da ja der Vermiether und Verpächter durch sein Absonderungsrecht (in der Regel) für das laufende Ziel gedeckt sein wird. Allein bei der allgemeinen Fassung der Motive läßt sich wohl nichts Anderes annehmen, als daß — auch wenn die Parteien nicht den Vertrag fortsetzen wollen, sondern ihn kündigen — doch für die noch zu erfüllende Pacht- oder Miethzeit[15]) sofort von der Konkurseröffnung an die Masse in alle Rechte und Pflichten des Pächters oder Miethers eintritt[16]).

II. Die zweite Frage, welche einer näheren Beleuchtung bedarf, ist die über Bezahlung des Pacht- oder Miethzinses.

Daß der **nach** der Konkurseröffnung erlaufende Zins eine Masseschuld bilden muß, ist, nachdem der Vertrag auf die Masse übergegangen, klar und überdies nach §. 52 Ziff. 2 der KO. nicht zu bezweifeln. Ebenso wird nicht zu bestreiten sein, daß der **vor** der Konkurseröffnung bereits verfallene

---

des Gemeinschuldners", so kann man letzteres zugeben, ohne doch demselben ein Recht auf persönliche Benützung desselben zugestehen zu müssen.

13) Und zwar mittelst des Eröffnungsbeschlusses als Titels zur Zwangsvollstreckung nach §. 702 N. 5 der Civ.PrO.

14) Was allerdings schon aus dem §. 1 der KO. folgt.

15) Hinsichtlich der in Folge der Kündigung eintretenden Entschädigungspflicht siehe unten bei §. 21.

16) Hiefür spricht auch der Wortlaut des §. 52 Ziff. 2: „deren Erfüllung für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen **muß**."

Miethzins im Konkurse zu liquidiren ist, wobei jedoch das Absonderungsrecht des Vermiethers und Verpächters (§. 41 Ziff. 2 u. 4) zu berücksichtigen kommt.

Wie steht es nun aber mit denjenigen Raten, welche bei der Konkurseröffnung zwar bereits „verwohnt", aber noch nicht fällig sind. Z. B. der A hat eine Wohnung inne, für welche eine Jahresmiethe von 1200 Mark, zahlbar zur Hälfte je am 1. April und 1. Oktober, bedungen ist; am 1. Juli kommt er in Konkurs, wie ist es mit den 300 Mark, welche auf die abgelaufenen Monate April, Mai und Juni treffen? Dieselben stecken allerdings in dem am 1. Oktober verfallenden Gesammtzins von 600 Mark, allein da mit der Konkurseröffnung (wie oben erörtert wurde) die Masse als Miether eintritt, so ändert sich offenbar die Person des Pflichtigen, und ich glaube, während der Betrag von 300 Mark für Juli-September[17]) der Masse zur Last fällt[18]), ist die andere Hälfte Konkursforderung[19]).

Wenn oben gesagt wurde, daß der nach der Konkurseröffnung verfallende Miethzins eine Masseschuld bilde, so ist dies unzweifelhaft für den Fall, daß weder der Vermiether (Verpächter) noch der Konkursverwalter kündigt, und zwar gilt dies in diesem Fall auch für den laufenden und den darauffolgenden Zeitabschnitt. Wenn aber der eine oder andere Theil gekündigt hat, wie dann? Z. B. Kaufmann A hat von dem Privatier B in der Ulmenstraße zu Nürnberg[20]) einen Laden gemiethet; am 15. April wird über ihn der Konkurs eröffnet, und der Verwalter kündigt den Laden. Nach §. 17 Ziff. 1 dauert nun die Miethe noch fort bis zum 10. August; wie ist es nun mit dem zu Walpurgi und mit dem zu Laurenzi fallenden Zins; zahlt ihn die Masse oder muß er im Konkurse liquidirt werden[21])? Diese Entscheidung hängt davon ab, wer innerhalb der kritischen Zeit als der

---

17) Wegen der sonderbaren Eintheilung der Miethziele macht die Ausscheidung in München Schwierigkeiten.

18) Abgesehen vom Absonderungsrechte, welches freilich den Vermiether in der Regel decken wird.

19) Unlösbar wäre der Fall, wenn nicht Geld, sondern eine untheilbare Gegenleistung als Miethvergütung stipulirt wäre; z. B. ich überlasse das Atelier in meinem Hause an Carl von Piloty, wofür er mich zu porträtiren verspricht. Solche Verträge sind aber eben keine Miethverträge, sondern Innominatcontrakte. In dem häufig vorkommenden Fall der Einräumung einer Wohnung an Hausmeistersleute gegen Dienstleistungen wird §. 19 zu beachten sein.

20) In Nürnberg sind Walpurgi (prot.) (2. Mai) und Laurenzi (10. August) Kündigungsziele.

21) Wenn nämlich der Kridar den Laden vorher geleert hat, so daß das Absonderungsrecht ohne Objekt ist.

Miether oder Pächter erscheint, ob noch der Kridar oder bereits die Masse, und da (wie oben erörtert wurde) das Letztere der Fall ist, so muß auch die Masse für den Zins eintreten.

B. Wird aber die Pacht oder die Miethe von der einen oder andern Seite gekündigt, so endigt sich nach Ablauf der noch gesetzlich auszuhaltenden Zeit (während welcher, wie oben erwähnt, die Masse als Gegenkontrahent erscheint) das Rechtsverhältniß. Wie verhält es sich nun aber mit den Folgen der vorzeitigen Endigung desselben? Die meisten Rechtslehrer[22]) behandeln diesen Fall wie jeden anderen (vgl. oben S. 202 V); sie lassen einen Entschädigungsanspruch wegen vorzeitiger Vertragsaufhebung entstehen und berufen sich hiebei auf §. 21 der KO. Letzteres meines Erachtens jedenfalls mit Unrecht. Denn dieser Paragraph gibt keinen Entschädigungsanspruch, sondern sagt nur, wie ein solcher geltend zu machen ist, „wenn er begründet ist." Ich bin der Meinung, daß ein Entschädigungsanspruch für den Gemeinschuldner oder für die Masse niemals, für den Verpächter oder Vermiether aber nur dann begründet ist, wenn nicht er gekündigt hat, sondern ihm gekündigt ist, und nur soferne, abgesehen von dem aus der verkürzten Dauer des Obligationsverhältnisses an sich abgeleiteten pekuniären Interesse, durch die Thatsache der unerwarteten Kündigung selbst ausnahmsweise[23]) ein Schaden entsteht oder für den Fall eine besondere Ersatzleistung im Vertrage stipulirt ist[24]).

Was vor Allem den Kündigenden betrifft, so ist es ja sein freier Wille, ob er kündigen will oder nicht. Macht er von der ihm eingeräumten Befugniß Gebrauch, so kann er sich nicht über einen ihm durch seine eigene Handlung zugehenden Schaden beschweren. Aber auch derjenige, dem gekündigt wird, hat im Allgemeinen keinen Anspruch[25]). Denn das Gesetz ist es, welches die Dauer des Pacht- oder Miethverhältnisses abgekürzt hat und das Recht zur außerordentlichen Kündigung giebt. Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam[26]). Außerdem wäre ein Anlaß zur Aufnahme der gesetzlichen Bestimmung gar nicht vorhanden gewesen. Denn zur effektiven Fortsetzung eines Pachtes oder einer Miethe kann Niemand und könnte daher auch der Verwalter nicht gezwungen werden. Es handelt sich immer nur

---

22) Ebenso das Erk. des RG. v. 14. Februar 1882 (in den Entsch. Bd. VI S. 20 und in den Annalen Bd. V S. 274).

23) Vgl. Note 28 zu §. 19.

24) Motive S. 78.

25) Der Gemeinschuldner als solcher schon deshalb nicht, weil seine eigene Konkursmäßigkeit die Kündigung veranlaßt. v. Wilmowski S. 124.

26) Die beiden von mir zugelassenen Fälle einer Entschädigung beruhen auf Umständen, welche außerhalb der Thatsache der bloßen Kündigung liegen.

um die Pflicht zur Entschädigung. Wenn A den ersten Stock in Nr. 1 der Platanenstraße am 1. Januar 1883 auf fünf Jahre gemiethet hat und verläßt am 1. Januar 1884 die Wohnung, so erwächst dem Vermiether auch kein anderes Recht als eine Entschädigungsforderung für die nicht eingehaltenen vier Miethjahre, denn durch den Gerichtsvollzieher kann er den A nicht in die Wohnung zurückführen lassen. Wenn also, falls der Verwalter auf Grund des §. 17 nach der am 1. Juni 1883 eingetretenen Konkurseröffnung über A kündigt und nach Ablauf des ortsüblichen Halbjahres die Wohnung räumt, der Vermiether doch auch für die nicht eingehaltenen vier Jahre Entschädigung fordern dürfte, wozu dann der §. 17?

Die allgemeinen Rechtsfolgen wegen Nichterfüllung, welche oben (S. 202 V) erörtert sind, erscheinen für diesen besonderen Fall nicht anwendbar; für ihn ist, wie erwähnt, in der KO. ein außerordentliches Kündigungsrecht ausdrücklich geschaffen [27]).

d. (die Frist oder die Zeit für die Kündigung).

Pacht- und Miethverträge werden in der Regel auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen, sei es daß die Pacht- oder Miethzeit ausdrücklich festgesetzt wird [28]), oder daß ein besonderer Gebrauchszweck bezeichnet wird, welcher eine gewisse Zeitdauer erfordert, in welchem Falle Pacht oder Miethe stillschweigend als auf die zur Erreichung des Zweckes nach den Umständen erforderliche Zeit eingegangen erachtet wird [29]). Ist die Zeit weder auf die eine noch auf die andere Art festgesetzt, so gilt der Pacht- oder Miethvertrag auf unbestimmte Dauer abgeschlossen; während aber Verträge (und auch dieser Kontrakt als solcher) im Allgemeinen nur durch beiderseitige Uebereinkunft (mutuus dissensus) aufgelöst werden können, findet bei der aus dem Kontrakte entstandenen Haftung, das heißt bei dem Pacht- und Miethverhältnisse, eine einseitige Auflösung statt, jede Partei hat das Recht zu kündigen und damit das Verhältniß zu beendigen [30]). Da nun aber die

---

27) Mit mir stimmt Fitting §. 6 Note 30 überein. A. A. ist Fuchs S. 108; Petersen S. 97; v. Sarwey S. 94; Stieglitz S. 101; v. Wilmowski S. 124.

28) Z. B. ich miethe den Garten vom 1. Juni bis 1. Oktober, ich pachte den Rathhauskeller auf sieben Jahre.

29) Z. B. ich miethe ein Gefährt zur Reise nach Tegernsee; hier muß mir der Vermiether dasselbe so lange zur Benützung lassen, als man braucht, um nach Tegernsee zu fahren. Oder ich pachte einen Weinberg; da ein solcher seine „Benützung" nicht im Bebauen u. s. w., sondern in der Einheimsung der Ernte findet, so muß mir der Verpächter den Weinberg über die Weinlese lassen.

30) Die Lehre von der Beendigung des Pacht- und Miethverhältnisses wird in

Benützung unbeweglicher Sachen ihrer Natur nach nicht von Moment zu Moment geschieht, sondern sich nur innerhalb gewisser Zeitdauer konsummirt, so ist bei Pacht und Miethe von Immobilien (und den denselben gleichgeachteten Rechte) allgemeine Norm, daß durch die Kündigung, sei es von der einen oder von der anderen Seite, nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer gewissen Frist das Verhältniß geendet wird. Außerdem ist bei Immobilien durch die modernen Verkehrsverhältnisse die allgemeine Rechtsanschauung entstanden und im Leben durch Gebrauch üblich geworden, daß die Kontrahenten nicht zu jeder beliebigen Zeit, sondern nur an gewissen wiederkehrenden Zeitpunkten kündigen können. Darauf beziehen sich die Worte des Gesetzes „die Frist oder Zeit für die Kündigung." So also ist z. B. je nach den Städten die Frist der Wohnungskündigung eine halbjährige oder vierteljährige und die Zeit in der Regel zwei oder vier Heiligen-Tage [31]).

e (falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war.)

Man möchte versucht sein zu glauben, daß dieser Satz eigentlich den einzigen dispositiven Inhalt des obigen Paragraphen bilde und daß derselbe daher richtiger dahin lauten sollte [32]): „Im Falle der Konkurseröffnung gegen den Pächter oder Miether ist der Verwalter wie der Verpächter oder Vermiether verpflichtet, den vor der Konkurseröffnung von dem Gemein-

---

unseren Pandektenlehrbüchern meines unmaßgeblichsten Dafürhaltens zu wenig mit Rücksicht auf das moderne sociale Leben dargestellt; ich vermisse auch hier (und analog gilt dies für Beendigung des „Verhältnisses" aus dem Gesellschafts-, aus dem Darlehens-, aus dem Hinterlegungs-, aus dem Mandats-Vertrage u. s. w.) die Berücksichtigung des oben (S. 215) erwähnten prinzipiellen Unterschiedes von Haftung und Schuld. Es ist durchaus unrichtig, wenn man sagt: „jeder Theil kann den Vertrag kündigen"; der Vertrag als solcher kann nie gekündet werden, er bleibt immer bestehen, bis er vermöge eines „consensus in contrarium" geändert wird. Nur die durch den Vertrag geschaffene Haftung kann bei gewissen dauernden Rechtsverhältnissen einseitig aufgehoben werden, und auch sie nur hinsichtlich der Fortdauer.

31) So in München als Zeit, zu der allein gekündigt werden kann, Georgi und Michaeli, in Nürnberg Lichtmeß, Walpurgi, Laurenzi und Allerheiligen Die Frist, welche nach der Kündigung der Miether noch bleiben darf, ist in München ein halbes Jahr (von welchem geistreicher Weise die eine Hälfte sieben, die andere fünf Monate hat), in Nürnberg drei Monate. In Gegenden, wo die religiösen Gefühle der modernen Bildung noch mehr gewichen, sind die gewöhnlichen Kalender-Quartale oder Semester als Zeiten und Fristen Uebung.

32) So formulirt ihn v. Sarwey in seinem Kommentar S. (79) 93.

schuldner abgeschlossenen Pacht- oder Miethvertrag zu erfüllen, wenn die Uebergabe der Sache vor diesem Zeitpunkte erfolgt ist, jedoch ist weder der Verpächter oder Vermiether, noch der Verwalter an eine Nebenverabredung gebunden, durch welche auf das Recht der Kündigung für eine längere Zeit als die gesetzliche oder ortsübliche Kündigungsfrist verzichtet oder die vertragsmäßige Kündigungsfrist über die gesetzliche oder ortsübliche Zeit ausgedehnt ist."

Allein bei dieser Auslegung wäre das Gesetz nicht nur ungenau, sondern geradezu irrig formulirt, was ich nicht gerne annehmen möchte. Andererseits halte ich es aber auch nicht für richtig, wenn man die obige Bestimmung dahin auslegt [33]), „durch die Konkurseröffnung verwandle sich auch ein auf bestimmte Zeit abgeschlossener Pacht- oder Miethvertrag in einen auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen;" denn es bleiben ja stipulirte Fristen oder Kündigungszeiten, wen sie kürzer oder näher sind als die gesetzlichen oder ortsüblichen, in Kraft.

Ich lege daher den Paragraph dahin aus:

I. Durch die Konkurseröffnung erwächst jeder Partei (ohne Rücksicht auf die etwaigen Stipulationen über Zeit und Frist der Kündigung) das Recht zu kündigen. Also wenn z. B. der Pferdehändler A dem Husarenlieutenant B einen Schimmel auf die Dauer von 6 Monaten vermiethet und ihm das Pferd am 1. Juli übergeben hat, so kann A, wenn B am 1. August in Konkurs geräth, den Vertrag sofort kündigen; es braucht ebenso der Konkursverwalter das Pferd nicht bis zum letzten Dezember zu behalten, er kann sofort das Miethverhältniß beendigen.

II. (Ausnahme.) Bestehen jedoch für gewisse Pacht- oder Miethverhältnisse gesetzliche oder ortsübliche Ziele oder Kündigungsfristen, so ist sowohl der eine wie der andere Theil daran gebunden.

Also: wenn über Kaufmann A in München am 1. Juli der Konkurs eröffnet wird, so kann weder der Konkursverwalter noch der Hausherr den Laden vor dem 29. September kündigen und beide müssen dann die halbjährige Frist bis kommendes Georgi einhalten [34]).

III. (Unterausnahme.) Es wäre denn, daß die stipulirte Frist oder das vertragsmäßige Ziel kürzer wäre.

Also: wenn im obigen Falle der Laden monatweise gemiethet gewesen

---

33) Wie z. B. Fuchs, Deutscher Concursprozeß S. 108 auf Grund einer Stelle in den Motiven (z. II. E. S. 80), die aber nur nach einer Seite hin (vgl. unten) richtig ist.

34) Daß mit beiderseitigem Uebereinkommen das Verhältniß früher gelöst werden kann, bedarf kaum der Erwähnung.

wäre, so könnte sowohl der Verwalter wie der Hausherr noch am 1. Juli kündigen und der Laden müßte am 1. August geräumt werden. Wäre hingegen die Frist oder das Ziel ein längeres, so bleibt es bei der Regel I. Gesetzt, der Weinwirth S. hat am 1. Januar 1880 das Lokal des Rathhauskellers vom Münchener Stadtmagistrate auf sieben Jahre gemiethet, am 1. Juli 1883 wird über ihn der Konkurs eröffnet, so braucht in diesem Falle weder der Konkursverwalter noch der Magistrat den Pacht bis letzten Dezember 1887 auszuhalten, sondern jeder kann an Michaeli 1883 (als dem ortsübichen Ziele) kündigen und nach Ablauf der hergebrachten Frist bis Georgi 1884 muß der Keller geräumt werden.

f. (die gesetzliche oder ortsübliche).

I. Gesetzliche oder ortsübliche sogenannte Ziele finden sich in der Regel nur bei dem Pacht und der Miethe von Immobilien [35]). Diese letzteren sind, wie bereits oben (S. 257 Note 31) erwähnt, je nach den einzelnen Ortschaften verschieden [36]). Bei dem Pacht bestimmt das Bayer. LR. (Th. IV Kap. VI §. 16 Nr. 3), daß zur Stiftzeit zu kündigen ist und dann längstens in 14 Tagen nach nächstfolgender Lichtmesse abgezogen werden muß. Das Pr. LR. (Th. I Tit. 21 §. 342 u. 343) hat sechsmonatliche Kündigungszeit, bei Land- und Ackergütern „vor dem Ablauf des Wirthschaftsjahres." Die nähere Ausführung hierüber, insbesondere über die Frage des Fortbestandes der in Art. 1220 der Bayer. Prozeßordnung v. 1869 getroffenen Vorschrift einer dreimonatlichen Kündigungsfrist bei Pachtverträgen wird bei der Erläuterung des Einführungsgesetzes, da die Motive (zum I E. S. 106) die Regulirung dieser Fragen der Landesgesetzgebung vorbehalten, gegeben werden.

II. Soferne nun eine solche gesetzliche und ortsübliche Zeit oder Frist **nicht** besteht, hat es beim ersten Satze des §. 17 Ziff. 1 sein Bewenden. Also z. B. gesetzt in Xkirchen schriebe kein Gesetz oder Ortsgebrauch eine Kündigungsfrist und ein Ziel bei Miethen von Räumen vor, die keine eigentlichen Wohnungen sind; A hätte von B am 1. Januar ohne Zeitbestimmung

35) Und der nicht hieher gehörigen Dienstmiethe. Das Pr. LR. bestimmt auch bei Miethe beweglicher Sachen eine Aufkündung von 24 Stunden.

36) Was Bayern betrifft, so ist in Betreff der Wohnungsmiethe München und Nürnberg schon oben erwähnt; Ansbach schließt sich Nürnberg an, nur hat es statt Allerheiligen das Martiniziel (11. November). Augsburg ist mit München gleich. Dinkelsbühl hat eine eigene Art zu rechnen (und ähnlich war es in der Nürnberger Reformation bestimmt): wenn nach Walpurgi, aber vor Jakobi (24 Juli) gekündet wird, so muß an Michaeli geräumt werden; wenn aber nach Jakobi gekündet ist, kann die Räumung erst am nächsten Walpurgi begehrt werden und umgekehrt.

einen Speicher gemiethet; am 1. Juli wird über ihn der Konkurs eröffnet. Hier kann B sofort am 1. Juli kündigen und A muß sofort auch am 1. Juli den Speicher räumen. Oder es besteht gesetzlich kein Ziel, aber eine Frist, z. B. nach dem Pr. LR. die 24stündige bei beweglichen Sachen: in diesem Falle kann sofort bei der Konkurseröffnung gekündet werden, aber die Miethe endigt erst nach der gesetzlichen Frist. Oder endlich es finden sich gewisse Zielzeiten, aber keine Fristen gesetzlich normirt, so muß die Zeit zur Kündigung abgewartet werden, aber dann ist auch sofort das Verhältniß geendet.

III. Noch muß die Frage erörtert werden, ob die Bestimmung in §. 17 Ziff. 1 über die Kündigungszeit und Frist eine vorübergehende oder dauernde Wirkung hat. Das heißt: wenn weder der Verwalter noch der andere Theil eine vom Gemeinschuldner angetretene Pacht oder Miethe aufkündigt, nachdem die Konkurseröffnung stattgefunden, bleibt ihm dieses Recht auch noch für später oder besteht der Vertrag in seinen ursprünglichen Modalitäten fort? Z. B. Kaufmann A hat am 1. Januar 1880 von Herrn B, Hausbesitzer in München, auf fünf Jahre einen Laden gemiethet; am 1. Juli 1881 wird über A der Konkurs eröffnet. In Folge dessen könnte sowohl B als auch der Verwalter den Laden am 29. September 1881 kündigen und die Miethe ginge am 24. April 1882 zu Ende. Nun kündigt aber keiner von beiden; was ist die Folge? Bleibt es nun bei der ursprünglichen Miethzeit bis Ende Dezember 1884 oder kann der Hausheer und anderseits der Verwalter auch noch an Georgi 1882 oder selbst noch an Michaeli 1883 kündigen mit der Wirkung, daß nun die Miethe am nächsten Ziele zu Ende geht? Nach dem Wortlaute des Gesetzes sowohl als auch nach der logischen Interpretation müßte das Erstere eintreten; denn die Konkurseröffnung kann an sich nur die beiden Parteien vor die Wahl stellen, ob sie den Vertrag übernehmen oder aber „wegen der wesentlich veränderten Umstände" von demselben abgehen wollen, wobei im letzteren Falle aus praktischen Gründen nicht sofortige Lösung, sondern eine billige Frist gewährt sein soll. Wenn sie den Vertrag übernehmen, müßten sie ihn dann aber übernehmen, wie er ist, es sei denn, daß sie beide über eine Modifikation sich verständigten.

Indessen die Motive zum §. 17 lauten anders; sie sagen [37]): „Ueberflüssig erscheint die ausdrückliche Vorschrift des Bayerischen Gesetzes [38]) und des Sächsischen Entwurfs, daß das Kündigungsrecht nicht blos das erste

---

37) Zum I. E. S. 106 und ebenso zum II. E. S. 80; obwohl der §. 22 des I. E. eine etwas andere Fassung hatte.

38) Prozeßordnung v. 1869 Art. 1220.

zulässige Mal, sondern wenn im ersten Jahre von ihm kein Gebrauch gemacht worden, auch noch in den folgenden Jahren ausgeübt werden darf. Dem kann nur zugestimmt werden, denn durch die Konkurseröffnung fällt, was die Befugniß zur Kündigung betrifft, die Grenze, welche der Kontrakt der Dauer des Verhältnisses gesetzt hat; für die Zulässigkeit einer Aufkündigung ist es ebenso, als ob die Pacht oder Miethe auf unbestimmte Zeitdauer eingegangen wäre; darin, daß im ersten Jahre eine Kündigung unterblieben, ist ein Verzicht auf das weitere Kündigungsrecht nicht zu finden." Obwohl nun diese Motivirung nur für die Pachtverträge gegeben ist, sind ihre Prinzipien doch so allgemein gefaßt, daß als Absicht des Gesetzgebers [39]) wohl keine andere angesehen werden kann, als diejenige, daß der §. 17 Ziff. 1 so zu verstehen ist: „Hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet, so kann sowohl der andere Theil als der Verwalter ohne Rücksicht auf die ursprünglich vereinbarte Dauer des Verhältnisses, solange das Konkursverfahren dauert, jederzeit aufkündigen; nur sind — soferne nicht kürzere Fristen oder nähere Ziele bedungen waren — gesetzliche und ortsübliche Ziele und Fristen, soweit sie bestehen, einzuhalten [40])."

g. (hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder vermiethet).

Der Fall, wenn der Gemeinschuldner Verpächter oder Vermiether ist, wird von der Konkursordnung eigentlich nur negativ behandelt [41]); denn es

39) Allerdings wendet nicht ohne Grund v. Wilmowski S. 124 ein: „die Motive seien nicht Gesetz."

40) Daß das Recht zur Kündigung aus §. 17 nach Beendigung des Konkurses nicht mehr ausgeübt werden kann, ist ebenso klar, als daß die Rechtsfolgen der in Folge des Konkurses geschehenen Kündigung auch für die Zeit nach beendigtem Konkurse bestehen bleiben. Wenn A die Wohnung Nr. 1 in der Platanenstraße auf fünf Jahre am 1. Januar 1883 gemiethet hat, am 1. Juni 1883 ist er in Konkurs verfallen; der Verwalter hat gekündet und es soll demnach am 1. Januar 1884 die Wohnung geräumt werden. Nun ist durch Zwangsvergleich unerwartet rasch der Konkurs vom 1. Oktober 1883 beendigt, und A will nun wohnen bleiben. Ohne erneuerte Einwilligung des Vermiethers kann er dies nicht. Wenn freilich der Gemeinschuldner und nicht die Masse als Subjekt des Rechtsverhältnisses auch nach der Konkurseröffnung angesehen wird, läßt sich dieß schwer konstruiren und doch läßt sich praktisch nicht wohl etwas Anderes durchführen.

41) Nach Gemeinem Rechte war die Frage kontrovers (vgl. v. Bayer §. 31 Nr. 1 und Fuchs, Concursverfahren §. 10 Nr. 6). Die Pr. KO., der Code civil (Art. 1202), die Bayer. PrO., die Oesterr. KO., der Sächsische Entwurf wendeten den Grundsatz, daß eine Veränderung in der Person des Verpächters oder Vermiethers auf den Fortbestand des Verhältnisses keinen Einfluß übe, auch auf den Ueberschuldungsfall an. Vgl. Motive z. I. E. S. 107 u. v. Sarwey S. (81) 95.

wird an der obigen Stelle lediglich die eine Eventualität eines Verkaufes der verpachteten oder vermietheten Sache durch den Konkursverwalter entschieden. Es bleibt sonach in allen übrigen Richtungen bei der allgemeinen Regel, aber es fragt sich nun, welche ist dies? Man müßte eigentlich annehmen, daß, weil nichts Besonderes dafür bestimmt ist, die Verpachtung (Vermiethung) durch den Gemeinschuldner als ein schwebendes zweiseitiges Rechtsgeschäft, eben wie alle übrigen derartigen Geschäfte, also nach §. 15 der KO. behandelt werden solle, so daß zwar der Verwalter den Pacht oder die Miethe aufsagen könnte, nicht aber der andere Theil. Allein diese Argumentation verbietet sich durch die Fassung des Einganges des §. 17; da es in demselben heißt: „auf Pacht- und Miethverträge hat die Eröffnung des Verfahrens folgende Wirkungen", so sollen alle anderen Wirkungen ausgeschlossen sein und es kann das Rechtsverhältniß nur soweit alterirt werden, als der Paragraph ausdrücklich bestimmt. Daß dies die Absicht des Gesetzes ist, geht auch hervor [42]):

a) aus der als Quelle dienenden Pr. KO., welche in §. 18 Abs. 3 dieselbe Bestimmung so ausdrückt: „Bei Vermiethungen und Verpachtungen des Gemeinschuldners tritt die Gläubigerschaft lediglich an die Stelle desselben";

b) aus den Motiven, welche (zum I. E. S. 107) besagen: „Der Verpächter oder Vermiether steht zu dem Gebrauch und der Nutzung der Sache während der Fortdauer des Vertragsverhältnisses in keiner unmittelbaren Beziehung. — Die weitere Ausübung der Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners aus dem Pacht- und Miethvertrage durch den Konkursverwalter erregt (somit) kein Bedenken, weder in Betreff des anderen Kontrahenten noch in Betreff der Konkursmasse. Der Paragraph gewährt daher keinem Theil ein Kündigungsrecht. Das Pacht- und Miethverhältniß bleibt unverändert bestehen." Allein dieser letzte Satz ist nicht so zu verstehen, daß auch die Personen des Verhältnisses unverändert blieben; sondern dahin, daß die Masse an Stelle des Gemeinschuldners tritt [43]). Natürlich fließen also die Pachtzinse und Miethgelder nicht dem Gemeinschuldner, sondern der Masse zu [44]). Ebenso kann nicht mehr der Gemeinschuldner kündigen, sondern nur der Verwalter, und auch der Pächter oder Miether muß nicht mehr dem Gemeinschuldner, sondern dem Verwalter den Vertrag aufsagen und in den übrigen Beziehungen sich an diesen letzteren halten [45]).

---

42) Ebenso v. Sarwey S. (81) 95.

43) Vgl. oben S. 251.

44) Vgl. v. Bayer a. a. O. S. 87.

45) Daß der Verwalter an die Zusicherungen, welche etwa der Gemeinschuldner

h. (Zwangsversteigerung).

Die Rechtssysteme gehen in Betreff des Pacht- und Miethverhältnisses bei Veräußerung des Objektes zwei verschiedene Wege: die einen lassen dasselbe auf den neuen Erwerber der Sache stillschweigend übergehen, die anderen nicht; man theilt daher die Gesetzgebungsgebiete in der Regel in solche, in welchen der Satz gilt: „Kauf bricht Miethe", und in solche, in denen dies nicht gilt[46]). Für beide Gebiete ist nun die Schlußbestimmung des §. 17 Ziff. 2 von Bedeutung; wo das Miethverhältniß auf den neuen Erwerber übergeht, kommt es darauf an, ob solches bei jedem Erwerb der Fall ist oder nur bei einem auf dem freien Willen des Vermiethers (Verpächters) beruhenden. Wo ersteres Rechtens ist, wo also Miethe oder Pacht auch durch Zwangsversteigerung des Mieth- und Pacht-Objektes nicht gelöst wird[47]), hat die Ziff. 2 in §. 17 die negative Bedeutung, daß ohngeachtet des Konkurses und der im Verlaufe desselben von dem Konkursverwalter getroffenen Verfügung über das Objekt der Gegenkontrahent im Besitz und Genuß desselben auf die Dauer seines Mieth- oder Pacht-Kontraktes ungestört verbleiben muß. Bestimmt das Gesetz, daß zwar eine freiwillige Ver-

---

während des Konkurses macht, sich nicht zu halten hat, ist nach §. 5 der KO. ganz klar. Wenn aber z. B. der Hausherr, bevor er in Konkurs gerathen war, dem Miether versprochen hatte, einen weißen Porzellanofen statt des in der Wohnung stehenden Füllofens setzen zu lassen, was dann? Ist die Aenderung noch nicht geschehen, so wird der Verwalter zu bestimmen haben, ob sie vorgenommen werden soll oder nicht, und wenn er einwilligt, trägt die Masse die Kosten. Ist sie geschehen und noch nicht bezahlt, so muß der Hafnermeister sich als Konkursgläubiger melden; hat aber der Miether die Rechnung für den Ofen einstweilen ausgelegt, so kann er das Geld am Miethzinse abziehen und, wenn er diesen vorausbezahlt hat, ist er ein Konkursgläubiger.

46) Es ist irrig, den Satz „Kauf bricht Miethe" zu interpretiren: „der Kaufvertrag bricht den Miethvertrag"; auch wo dieser Rechtssatz gilt (z. B. im ganzen Gebiete des Gemeinen Rechtes und des Bayerischen Landrechtes), bleibt der Vermiether an seinen Miethvertrag gebunden; er kann ihn nicht einseitig lösen, indem er veräußert. Allein da der neue Erwerber keinen Miethvertrag mit dem Miether geschlossen hat, so braucht er ihm seine Sache nicht in Genuß zu lassen; der frühere Vermiether kann sie ihm nicht lassen, und das Miethverhältniß endigt sich wegen Unmöglichkeit der Erfüllung (vgl. Windscheid, Pandekten II §. 400 Note 7). Weil aber der Miethvertrag als solcher bestehen bleibt, so verwandelt sich die Forderung des Miethers in diejenige auf Prästation des Interesse, das heißt er kann volle Entschädigung dafür fordern, daß er das Miethobjekt nicht vertragsmäßig genießen und innehaben darf.

47) Ein solches Gesetz ist mir übrigens nicht bekannt.

äußerung das Mieth- und Pachtverhältniß unberührt läßt, nicht aber eine Zwangsversteigerung [48]), so hat der §. 17 Ziff. 2 die positive Bedeutung, daß eine vom Konkursverwalter vorgenommene freiwillige Veräußerung ebenso das Mieth- oder Pachtverhältniß löst und modifizirt, als ob die Veräußerung im Zwangswege vorgenommen worden wäre. Wo endlich der Grundsatz gilt: „Kauf bricht Miethe“, hat die Ziff. 2 §. 17 zwar nicht diese weitgehende Bedeutung, da die soeben erwähnte Wirkung der Auflösung des Verhältnisses ohnehin eintreten würde, allein gegenstandslos ist sie doch nicht. Denn der Konkursverwalter muß nicht jenen Schadensersatz leisten, welchen der freiwillige Veräußerer dem Pächter oder Miether gewähren muß, sondern dieser kann nur jene Entschädigung (und zwar als Konkursgläubiger vgl. §. 21) geltend machen, welche dem durch Zwangsversteigerung aus dem Genuß des Mieth- oder Pacht-Objektes vertriebenen Kontrahenten von der betreffenden Gesetzgebung zugesprochen ist.

---

§. 18.

Wenn der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet hatte [a]), und die Uebergabe der Sache zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erfolgt ist [b]), so kann der andere Theil von dem Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre [c]).

Auf Erfordern des Verwalters muß der andere Theil demselben ohne Verzug [d]) erklären, ob er von dem Vertrage abgehen will. Unterläßt er dies, so kommen die Bestimmungen des §. 15 zur Anwendung [e]).

I. E. 23; II. E. §. 18; Pr. H. G. Art. 718; Pr. KO. §. 18; B. Pr.O. Art. 1220 Abs. 1 u. 2.

a. (gepachtet oder gemiethet hatte).

Ueber den Fall, daß der Gemeinschuldner eine Sache verpachtet oder vermiethet hatte, der Pacht oder die Miethe aber zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht angetreten war, gibt das Gesetz keine besondere Bestimmung. Man darf aber deshalb nicht (wie in dem oben S. 262 erwähnten Falle) daraus schließen, daß der Vertrag einfach bestehen bleibt; sondern es tritt die allgemeine Regel für zweiseitige Geschäfte, welche der §. 15 der KO.

---

48) Wie z. B. das pr. LR. Th. I Tit 21 §. 350.

gibt, ein [1]). Es hat demnach der Verwalter die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrages fordern will oder nicht. Z. B. es hatte der Privatier A die ihm gehörige Gartenwirthschaft in der Ulmenstraße zu München an den Wirth B am 1. Juli 1880 von Michaeli desselben Jahres an verpachtet. Am 1. August bricht über A der Konkurs aus, in welchem Privatier Z als Verwalter der Masse aufgestellt wird. Erachtet nun Z den Vertrag im Interesse der Masse, so wird er denselben bestehen lassen, und dann muß er erfüllt werden, gleich als ob ein Konkurs nicht vorhanden sei. Will Z das Anwesen behufs Versilberung der Masse verkaufen, so ist er zwar daran nicht gehindert, allein die Veräußerung wirkt nur, wie jede Veräußerung eines Pacht- oder Miethobjektes während der Pacht- oder Miethzeit [2]), nicht aber hat dieselbe (wie im Falle des §. 17 Ziff. 2) die Wirkungen einer Zwangsversteigerung. Findet aber der Konkursverwalter den Pachtzins zu gering oder glaubt er das Anwesen leichter in freiem Zustande veräußern zu können, so wird er den Vertrag als aufgehoben erklären. Der Wirth B kann jedoch natürlich seinen Entschädigungsanspruch im Konkurse liquidiren und braucht nicht etwa bis zum 29. September zu warten, um zu erfahren, ob er werde aufziehen können oder nicht, sondern er kann sofort nach der Konkurseröffnung auf einer Erklärung bestehen [3]).

b. (noch nicht erfolgt ist).

Ueber theilweise Uebergabe siehe oben S. 250.

c. (gleich als ob derselbe geschlossen wäre).

Die Bestimmung selbst gibt hier zu keinem Zweifel Anlaß; wenn z. B. der Kaufmann A am 1. Juli von dem Hausbesitzer B einen Laden für Michaeli gestiftet hatte und A kommt am 1. August in Konkurs, so braucht der Hausbesitzer B den Vertrag nicht zu halten, sondern kann sofort seinen Laden anderweitig vermiethen [4]). Dagegen läßt sich fragen: was ist die

---

1) Aus dem Wortlaute des Gesetzes läßt sich dies allerdings nicht entnehmen, allein die Motive lassen keinen Zweifel übrig. Gleicher Ansicht die übrigen Kommentare.

2) Auch hier wird die Entschädigung, welche, im Falle der Satz gilt „Kauf bricht Miethe", gefordert werden kann, als Massaschuld erscheinen, vgl. oben S. 263 Note 46.

3) Es läßt sich dies durch die Erwägung rechtfertigen, daß es dem Verpächter und Vermiether nicht gleichgültig sein kann, ob er statt eines solventen Pächters oder Miethers die Masse (das heißt deren Vertreter) als Gegenkontrahenten erlangt. Vgl. Motive zum II. E. S. 82.

4) Diese sagen an dem in Note 2 a. O. wörtlich: „so daß der Kontrahent ebensowenig wie der Verwalter Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrages zu fordern berechtigt ist". Als analog werden die Art. 354 u. 355 des A. D. HGB. citirt.

Folge, wenn er in dieser Weise den Vertrag auflöst? An sich müßte er der Masse entschädigungspflichtig sein. Wie sich aber aus den Motiven [5]) ergibt, soll der Ausdruck „gleich als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre" bedeuten, daß das ganze Verhältniß von Rechtswegen hinfällig wird und daß es so angesehen werden soll, als geschehe dies ohne Schuld des Vermiethers und Verpächters.

d. (Auf Erfordern des Verwalters muß der andere Theil demselben ohne Verzug).

Es gelten hier dieselben Bemerkungen, welche oben (S. 227) erörtert sind.

e. (so kommen die Bestimmungen des §. 15 zur Anwendung).

Somit stellt sich die Sache folgendermaßen (ich bleibe bei dem obigen Beispiele: Kaufmann A hat vom Hausbesitzer B am 1. Juli für Michaeli einen Laden gestiftet und kommt am 1. August in Konkurs: vorerst braucht keiner der beiden Theile sich zu erklären, der Hausbesitzer kann seinen Laden verstiften und wenn an Michaeli der Verwalter das (etwa für Rechnung der Masse fortgeführte) Geschäft in denselben transferiren wollte, kann der B erklären: ich halte den Vertrag nicht. Ebenso kann umgekehrt der Verwalter die Sache einfach ignoriren und, wenn an Michaeli der Hausherr ihn auffordert einzuziehen, erklären, er mache von seinem Wahlrechte Gebrauch [6])

---

5) Bestritten ist der Fall, wenn der Pacht- oder Miethzins für eine noch nicht übergebene Sache für die ganze Dauer des Vertrages vorausbezahlt wurde. Hier soll nach Fitting (§. 6 Note 22) dem Pächter oder Miether nur eine Ersatzforderung zustehen, während nach Petersen u. v. Sarwey (S. 92) es bei der allgemeinen Regel bleibt. Ich stimme letzteren zu. Gesetzt A, der am 1. März 1883 in Konkurs kommt, hat sein neugebautes, noch ziemlich feuchtes Haus vom 1. Mai 1883 an die Wittwe X mit zehn Kindern gegen einen unbedeutenden Miethzins, welcher sofort erlegt wurde, auf ein Jahr am 1. Januar 1883 vermiethet. Wenn nun der Verwalter überzeugt ist, daß er jetzt für die nasse Wohnung keine ordentliche Partei bekommt, wohl aber, wenn erst dieselbe einmal „ausgewohnt" ist, sie recht gut vermiethen kann, so sehe ich keinen rechtlichen Grund, weshalb er nicht Namens der Masse in den Vertrag sollte eintreten können. Allein freilich solche casus rarissimi dürfen wohl außer Komputation bleiben. In der Regel wird am Eintritt in eine Miethe, für welche die Masse keinen Miethzins mehr bekommt, der Verwalter durch §. 74 gehindert sein und es wird (wie Fitting sagt) allerdings „dem Pächter oder Miether nichts Anderes übrig bleiben", als im Konkurse seine Entschädigung zu liquidiren.

6) Freilich wäre nach dem Wortlaute des Paragraphen zu schließen: „das Gesetz räumt, im Falle der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet hatte und die

und belasse es bei der Nichterfüllung [7]), ziehe also nicht ein. Indessen ist keine der Parteien genöthigt, die Sache so lange hängen zu lassen, bis Michaeli herankommt; es kann sofort der Verwalter vom Verpächter oder Vermiether eine bestimmte Erklärung verlangen — dies bestimmt §. 18 Abs. 2 — und es kann umgekehrt der Verpächter oder Vermiether vom Verwalter — nach §. 15 Abs. 2 — begehren, daß er sich ohne Verzug über das, was an Michaeli geschehen soll, ausspricht. Die Folge des Schweigens auf die Aufforderung aber ist für die beiden Parteien die entgegengesetzte; unterläßt der Verpächter (Vermiether) die Erklärung, so kann er gegen die Erfüllung nichts mehr einwenden, während umgekehrt der Verwalter, falls er sich nicht erlärt hat, sich die Nicht-Erfüllung gefallen lassen muß; gibt also der Hausbesitzer B dem Konkursverwalter keine Antwort, so muß er an Michaeli den Laden beziehen lassen; erklärt sich dagegen der Verwalter auf Befragen des Hausbesitzers nicht, so kann er an Michaeli nicht mehr einziehen [8]).

Uebergabe der Sache zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erfolgt ist, dem anderen Theile das Recht ein, von dem Vertrage abzugehen, also (argumento e contrario) hat der Verwalter dieses Recht nicht; und (wie der zweite Absatz zeigt) es erlangt der Verwalter das ihm in §. 15 eingeräumte Wahlrecht erst dann, wenn der andere Theil auf Erfordern keine Erklärung abgibt". Allein so scharf darf es bei dem „mangelnden Berufe unserer Zeit zur Gesetzgebung" mit der Auslegung nicht genommen werden; die Motive zeigen, daß eigentlich ein „auch" in den ersten Absatz hineinzudenken ist und daß der Vermiether oder Verpächter die Erfüllung seinerseits zwar wählen, aber nicht dem Verwalter aufzwingen kann. Ebenso Hullmann S. 107, v. Wilmowski S. 129.

7) Der Unterschied zwischen dieser Modalität und der Auflösung des Vertrages Seitens des anderen Theiles, des Verpächters oder Vermiethers, liegt aber darin, daß dieser kraft des Gesetzes ohne Ersatzpflicht vom Vertrage abgehen darf, während, wenn der Verwalter die Nichterfüllung wählt, der Verpächter (Vermiether) seine Entschädigungsforderung als Konkursgläubiger liquidiren kann.

8) Sollte es sich, was aber praktisch nicht vorkommen wird, ereignen, daß jede der Parteien erst die Erklärung der anderen hören will, so muß sich der Verpächter (Vermiether) zuerst aussprechen.

§. 19.

Dienstverträge a).

Ein in dem Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte[b]) des Gemeinschuldners[c]) angetretenes[d]) Dienstverhältniß kann von jedem Theile aufgekündigt werden[e]). Die Frist und Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche[f]) und in Ermangelung einer solchen[g]) von dem Konkursgerichte auf Antrag des Kündigenden festzusetzen[h]).

I. E. §. 24; II. E. §. 19; Pr. H. E.; — Pr. K. O.; — B. P. O. Art. 1220 Abs. 3.

a. (Dienstverträge).

Je nachdem nur eine einzelne Arbeit, eine in sich abgeschlossene auf einen bestimmten Zweck, die Erzeugung eines Werkes, gerichtete Thätigkeit — also eigentlich das Produkt der Arbeitskraft, nicht diese selbst — oder aber eine unbestimmte Reihe von Arbeiten, eine andauernde Thätigkeit verschiedener Art — sonach die Arbeitkraft selbst — Objekt des Vertrages ist, unterscheidet man im Rechte die locatio conductio operis und die locatio conductio operarum, die Werkmiethe und die Dienstverdingung (Dienstmiethe).

Ueber die Werkmiethe enthält der zweite Titel keine besonderen Bestimmungen; es bleibt also bei der allgemeinen Regel, welche der §. 15 für alle wechselseitigen Haftungen (unerfüllten zweiseitigen Verträge) gibt. Es ist unzweifelhaft, daß z. B. der Konkursverwalter die vom Gemeinschuldner beim Schneider bestellte Gallauniform entweder abnehmen oder abbestellen und beziehungsweise zurückschlagen darf, wobei natürlich je nach der Sachlage der Schneider Entschädigung im Konkurse liquidiren kann.

Hinsichtlich der Dienstverdingung sind vor Allem die Verträge, deren Objekt die Verrichtung einer einzelnen, oder auch mehrerer in keinem gewollten Zusammenhange unter einander stehenden Dienstleistungen bildet, auszuscheiden; sie sind in §. 19 nicht berührt, für sie bleibt es also bei der allgemeinen Regel des §. 15 [1]). Nur die Vermiethung von Diensten zu einem dauernden Diensthverhätnisse, zur fortgesetzten Verrichtung gleichartiger

---

1) Beispiel: der Gemeinschuldner hatte den Kunstschreiner Poliro bestellt, damit er seinen alterthümlichen Kasten putze und die übrigen Möbel einöle gegen täglich fünf Mark, Mittagessen und zwei Maß Bier. Hier hat der Konkursverwalter die Wahl; er wird den Vertrag ausführen, wenn er findet, daß dadurch der Verkauf der Möbel leichter und vortheilhafter von Statten geht, er muß aber dann auch aus der Masse zahlen.

Dienste ist Gegenstand spezieller Regelung; aber auch da enthält der zweite Titel für den Fall, daß der Gemeinschuldner der Dienstvermiether (Dienstbote) ist, keine besonderen Bestimmungen, und es ist in Folge dessen zweifelhaft, ob der §. 15 der KO. auf diesen Fall Anwendung finde, oder ob derartige Verträge vom Konkurse überhaupt nicht berührt werden [2]). Die Motive zu §. 19 drücken sich allgemein dahin aus: „ausgeschlossen sind diejenigen Dienstverträge, in denen der Gemeinschuldner der Dienstleistende ist", ohne die berührte Frage zu entscheiden. Um diese Frage richtig zu lösen, muß vor Allem auf die bereits oben (S. 100) erörterte Natur der „Konkursforderung" überhaupt zurückgegangen werden. Die Verpflichtung eines Gemeinschuldners zur Leistung von persönlichen Diensten, welche den Inhalt einer Dienstmiethe bildet, gibt dem Dienstmiether allerdings an sich keinen vermögensrechtlichen Anspruch; der Anspruch darauf kann daher als solcher auch nicht als Konkursforderung gegen die Masse geltend gemacht werden. Allein damit ist noch nicht gesagt, daß deshalb auch das durch die Dienstmiethe begründete Rechtsverhältniß nicht unter den §. 15 der KO. fallen könne. Zum Beispiel: wenn der technische Leiter der Baldi'schen Fabrik Adolphus, welcher sich nebenbei mit Börsenspekulationen als Haussier befaßt, wegen unerwarteter Baisse seine Differenzen nicht mehr begleichen kann und in Konkurs geräth, so braucht freilich der Prinzipal Baldi nicht im Konkursverfahren seinen Anspruch darauf geltend zu machen, daß Adolphus seine vertragsmäßige Thätigkeit in der Fabrik weiter fortsetzt, noch viel weniger kann natürlich die Verpflichtung etwa auf den Konkursverwalter übergehen. Aber damit ist noch nicht entschieden, ob nicht etwa wegen der Konkursmäßigkeit des Adolphus der Prinzipal einerseits oder der Verwalter andererseits das Dienstverhältniß auflösen kann? Da der §. 15 der KO. ganz allgemein lautet, ließe sich wohl dahin argumentiren [3]), daß auch bei diesem zweiseitigen Vertrage der Prinzipal den Verwalter zur Erklärung über die Wahl aufzufordern befugt sei, daß ferner, weil der Verwalter nicht an Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen vermag, derselbe die Erfüllung nicht wählen kann, und also die Nichterfüllung als gewählt erscheint, daß sonach der Prinzipal (wenn er darauf besteht) den Vertrag als gelöst betrachen darf. Allein ich glaube doch, daß diese Argumentation etwas gesucht wäre und daß demnach die Meinung richtiger erscheint, wonach die Konkursordnung [4])

2) So v. Sarwey, Kommentar S. (83) 99.

3) Diese Ansicht vertritt z. B. Petersen S. 102.

4) Es wird aber häufig im Civilrechte die Vergantung des Angestellten als ein Grund zur Kündigung angenommen sein (vgl. die folgende Note), wenn auch nicht allgemein; so spricht sich z. B. Dernburg (Preuß. Privatrecht

auf Verträge, in denen der Gemeinschuldner Dienstvermiether ist, keine Anwendung findet [5]).

Es ergibt sich nun die weitere Frage, ob alle Verträge, in denen der Gemeinschuldner aktiv Dienste zu fordern berechtigt ist, unter den §. 19 fallen oder nicht. Die Motive (zum I. E. S. 86) sagen: „die dem Konkursrechte angehörigen Sonderbestimmungen des zweiten Titels können nicht angewendet werden auf solche zweiseitige Verträge, bei welchen die Natur des Vertrages es nicht zuläßt, daß die vertragsmäßige Leistung an Stelle des Gemeinschuldners, sei es dem Verwalter, sei es an die Konkursmasse, geleistet werden kann." Welche diese Leistungen im Einzelnen sein sollen, ist in den Motiven nicht theoretisch bestimmt, sondern soll nach den Umständen des Falles entschieden werden [6]), und es werden als Beispiele aufgeführt: das Kontraktsverhältniß des Gemeinschuldners mit seinem Hausarzte, oder mit einer Amme, oder den Erziehern seiner Kinder. Allein es ergibt sich sofort, daß einzelne der soeben genannten Personen in keinem anderen Verhältnisse stehen, wie alle übrigen. Auch die vom Gemeinschuldner gedungene Köchin kann nicht der Masse kochen, der englische Groom des verganteten Baron X, dessen Pferde versteigert werden, ist dem zum Konkursverwalter bestellten Advokaten Z, der zu Fuße zu gehen pflegt, völlig nutzlos. Und wenn einerseits (wie die Motive sagen) die Amme nicht unter §. 19 fällt, warum soll die Kindsmagd darunter subsumirt werden?

Bei den Berathungen waren die Meinungen sehr getheilt und nach längeren Debatten wurde in erster Lesung ein Antrag des Abg. Dr. Websky angenommen [7]), welcher dahinging:

„Die vorstehende Bestimmung findet Anwendung, gleichviel ob die

---

Bd. II S. 266) dahin aus, daß der Konkurs eines Privatsekretärs nicht wohl zur außerordentlichen Kündigung berechtige.

5) Ebenso Fitting §. 6 Note 36, v. Sarwey S. 98, v. Wilmowski S. 129. Ohnehin scheint mir die Sache nicht von großer praktischer Bedeutung zu sein. Eigentliche Dienstboten werden nicht leicht einem Konkursverfahren unterliegen; bei Bediensteten im Handel ist es eher möglich und hier mag es dem Prinzipal nicht sehr angenehm sein, einen konkursmäßigen Fabrikdirektor, Prokuristen, Kassier u. s. w. zu haben; allein der Art. 62 u. 64 Ziff. 2 des A. D. HGB. schützt ihn genügend durch das Recht der außerordentlichen Kündigung. Bezüglich des Lehrlings-Vertrages siehe die Erl. zu §. 20 lit. b A. 2.

6) R.-Rath Hagens bemerkte gleichfalls bei der Berathung (K. Prt. S. 17), „es sei der Praxis und der Wissenschaft überlassen, die richtige Grenze zu finden".

7) K. Pr. S. 18.

Dienstleistung an die Person des Gemeinschuldners geknüpft ist oder nicht."

Später[8]) wurde dieser Absatz wieder weggelassen, dafür aber die Fassung des ersten Absatzes, welcher lautete:

„Ein beim Gemeinschuldner angetretenes Dienstverhältniß"

in die jetzige abgeändert, womit offenbar der Grundgedanke des hinweggelassenen Absatzes in anderer Form zum Ausdrucke gebracht ist[9]).

Unter diesen Umständen bin ich der Ansicht, daß die Ausführungen der Motive keine Auslegungsquelle mehr bieten und daß, nachdem das Gesetz ganz allgemein spricht, der §. 19 sich auf alle in dem Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenen Dienstverhältnisse erstreckt, aber auch nur auf die durch diese drei Kategorieen charakterisirten[10]). Eine Unterscheidung zwischen Diensten, welche an die Person des Gemeinschuldners geknüpft sind, und solchen, bei welchen dieses nicht der Fall ist, kann nun nicht mehr Platz greifen; gehören die Dienste zum Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte, so fallen sie unter §. 19, wären sie auch an die Person des Gemeinschuldners geknüpft; gehören sie nicht zum Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder

---

8) Ich vermuthe, es erfolgte dies in der Redaktionskommission; bei der zweiten Lesung (K. Prt. S. 149) fand keine Debatte mehr statt, und daß der §. 19 inzwischen nochmals in Berathung gezogen worden wäre, ist mir unbekannt; die Uebersicht, welche den Protokollen vorgedruckt ist, weist wenigstens nichts Derartiges auf.

9) Denn sonst hätte wohl der einmal formell gefaßte Beschluß nicht ohne Weiteres wegbleiben können.

10) Ebenso Fitting S. 49 Note 31; Hullmann S. 204; Meisner S. 94; Petersen S. 102; Stieglitz S. 102; v. Wilmowski S. (97) 130. Anderer Ansicht ist v Sarwey (S. (84) 99 u. 486 ff.), welcher sich darauf stützt, der Antrag Websky sei abgelehnt worden, was ich, wie oben bemerkt, aus den Protokollen nicht entnehmen kann. Ebenso Fuchs Concurs S. 109; Wengler (S. 164) führt zwar an, der Antrag Websky sei angenommen worden, ist aber dennoch der Meinung: „da der Zusatz in dem Gesetze selbst keine direkte Aufnahme gefunden habe und eine demgemäße Intention auch nicht aus der veränderten Fassung der Alinea I zu folgern sei (dieser veränderten Formulirung liege vielmehr nur die Auffassung zu Grunde, daß nur solche Dienstverträge, deren Fortsetzung nach der Konkurseröffnung wegen ihrer Bezugnahme auf die Vermögensmasse für die Gläubiger einen materiellen Werth habe, von beiden Theilen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist in Gemäßheit des §. 19 fortzusetzen seien) — so dürfe der Standpunkt der Motive nicht als reprobirt angesehen werden." Diese Gründe scheinen mir nicht überzeugend.

Erwerbsgeschäfte, so findet §. 19 auf sie keine Anwendung, wenn auch die Dienstleistung sich auf das Vermögen des Gemeinschuldners und nicht unmittelbar auf seine Person beziehen würde.

Wie werden nun aber diese letzteren Verträge behandelt? fallen sie, nachdem sie der Spezialbestimmung des §. 19 entrückt sind, unter die allgemeine Regel des §. 15 oder hat der Konkurs auf sie keinen Einfluß[11])? Da sie nirgends ausdrücklich von den Bestimmungen des zweiten Titels ausgenommen sind, kann ich nur das Erstere annehmen, es wäre denn, daß sie gar keine vermögensrechtliche Seite hätten, also weder aktiv noch passiv in Geld umgewandelt werden könnten. Obligationen dieser Art berührt freilich der Konkurs überhaupt nicht und ferner ist kein Zweifel, daß die an den Gemeinschuldner zu machende Leistung, wenn sie ihrer Natur nach rein an die Person desselben geknüpft ist, nicht als Objekt der Masse erscheint. So ist es, wie bereits früher erwähnt[12]), gewiß unzweifelhaft, daß der dem Gemeinschuldner vertragsmäßig zustehende Anspruch, von dem Doktor A als Hausarzt behandelt zu werden, nicht als Aktivum zur Masse gezogen werden kann; allein der dem A zustehende Anspruch, bezahlt zu werden, ist keineswegs rein persönlicher Natur, er läßt sich in Geld anschlagen und kann liquidirt werden, also läßt sich nicht sagen: der Konkurs berührt das fragliche Verhältniß überhaupt nicht[13]). Setzen wir z. B. den Fall, daß der am 1. Febr. 1880 als Hauslehrer von Bankier X auf fünf Jahre vom 1. Juli an engagirte Herr Schulmann deshalb eine ihm offerirte Stelle als Lehrer an der Lateinschule zu Dingskirchen abgelehnt hat; am 1. März 1880 kommt Bankier X in Konkurs; soll nun dies auf Schulmann ohne allen Einfluß sein? Ich glaube, das würde sich mit dem Rechte und mit der Billigkeit wenig vertragen. Mir scheint Folgendes zu unterscheiden: der Vertrag als solcher wird, wie alle übrigen, durch die Konkurseröffnung nicht gelöst; tritt also Herr Schulmann (ohne Weiteres) bei X als Lehrer ein, so kann er unter allen Umständen sich wegen seiner Bezahlung an den X selbst halten; es kann sich in Bezug auf seinen neuen Erwerb, auf das vom Konkurse unberührte Vermögen u. s. w. der Gemeinschuldner dem Schulmann gegenüber nicht auf die Konkursmäßigkeit berufen[14]). Will es aber Schul-

---

11) Vgl. auch unten.

12) Oben S. 54.

13) Daß diese Unterscheidung, wonach eine Leistung vom Konkurs beeinflußt werden kann, ohne daß sie als Aktivum, als Vermögenswerth zur Masse gehört, mitunter nicht genügend beachtet wird, war wohl eine Haupt-Ursache der vielen Kontroversen in dieser Frage.

14) Dies ist der Grundgedanke des viel citirten und viel mißverstandenen Erkennt-

mann auf diese Möglichkeit, bezahlt zu werden, nicht ankommen lassen, so kann er allerdings nach §. 15 Abs. 2 den Kornkursverwalter zur Erklärung auffordern, ob er die Erfüllung des Vertrages verlange. In der Regel[15]) wird derselbe diese ablehnen und dann kann Schulmann, wie jeder andere Gläubiger, sein Interesse im Konkurs liquidiren[16]).

b. (Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte).

Nach den Motiven (zum I. E. S. 110) sollen durch den obigen Paragraphen zwar nur Dienstverträge betroffen werden, welche „ein dauerndes Dienstverhältniß zur fortgesetzten Verrichtung gleichartiger Dienste begründen", jedoch ohne Unterschied, „ob dieselben lediglich in körperlicher Kraftanwendung bestehen, oder in Leistungen, die eine besondere Sachkenntniß, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung erfordern". Die Motive zum II. E. (S. 83) fügen hiezu noch bei, „es mache auch keinen Unterschied, ob das Dienstverhältniß im Sinne des §. 4 Nr. 4[17]) des Bundesgesetzes, betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes[18]), als dauernd gelte oder nicht." Daß das Geschlecht und Alter gleichfalls irrelevant ist, bedarf wohl kaum der Erwähnung: das sog. Laufmädchen im Blumengeschäfte des verganteten

---

nisses des Berliner Obertribunals v. 25. Juni 1863 in Striethorst, Archiv Bd. 52 S. 6 ff.

15) Es ließe sich immerhin denken, daß unter Umständen die Gläubiger es zweckmäßig erachten, ihrer nach §. 1 Abs. 2 der KO. bestehenden Verpflichtung in dieser Art nachzukommen, daß deshalb aus der Masse die Mittel zur Fortsetzung der Erziehung der Kinder des Kridars bewilligt werden, und daher der Verwalter die Vertragserfüllung wählt.

16) Diese Ansicht wird von den übrigen Rechtslehrern nicht getheilt. Fitting bemerkt (S. 41) gegen die Zerlegung solcher Verträge nach Forderung und Gegenforderung, daß bei einem gegenseitigen Vertrage der Werth jeder Leistung den Ersatz desjenigen der Gegenleistung bilden soll. Soferne es also sich um eine Leistung handle, welche nur an den Gemeinschuldner persönlich geschehen könne, müsse das ganze Verhältniß nach seinen beiden Seiten als gar nicht zum Konkursvermögen gehörend erachtet werden und der Gegenanspruch könne sich immer nur auf das freie Vermögen des Gemeinschuldners richten. Ob die Konkurseröffnung dem hierauf Angewiesenen deshalb ein Recht zum Rücktritte vom Vertrage gebe, bemesse sich nach dem bürgerlichen Rechte.

17) Nach dieser Ziffer soll der vom Gesetz gewährte Schutz auf den Gehalt und die Dienstbezüge der „im Privatdienste dauernd angestellten Personen", soweit der Gesammtbetrag 400 Thaler jährlich übersteigt, keine Anwendung finden. Vgl. den Kommentar von Dr. Bezold in der „Gesetzgebg. des D. Reichs" I. Th. Bd. I S. 128.

18) Vom 21. Juni 1869. RGBl. S. 242.

Fräulein X wird vom §. 19 eben so betroffen, wie der alte Portier im Hause des Gemeinschuldners Y.

Dienstverhältnisse im Haushalte sind die im häuslichen Leben vorkommenden und eine häusliche Gemeinschaft begründenden Lohndienste[19]), als: Bediente, Kutscher, Portier, Stallknechte, Köchin, Kammerjungfer, Stubenmädchen, Kindsfrau und Amme[20]); aber auch der Erzieher und die Erzieherin (Hofmeister, Gouvernante, Bonne) und der Privatsekretär, die Vorleserin, das Gesellschaftsfräulein[21]). Im Wirthschaftsbetriebe dienen Knechte und Mägde, aber auch der Verwalter; im Erwerbsgeschäfte: Handlungsdiener, Packer, Markthelfer, Fabrikarbeiter, Gesellen und ferner Handlungsgehülfen (Commis), Werkmeister, Techniker, Disponenten, Direktoren[22]).

Eine erschöpfende Nomenklatur läßt sich natürlich nicht geben, es bietet hierin das Leben allzuverschiedene Gestaltungen[23]).

---

19) Die „häusliche Gemeinschaft" setzt nicht ein Wohnen in derselben Wohnung voraus; der Portier, welcher in dem vor dem Schlosse befindlichen Thurme haust, der Gärtner, dem ein Gartenhaus zur Wohnung angewiesen ist, der Kutscher, welcher mit den Pferden in einem in einer anderen Straße gemietheten Rückgebäude sich aufhält u. s. w., gehören zur „häuslichen Gemeinschaft." Allein der Professor, welcher seine eigene Haushaltung führt, fällt nicht unter §. 19, wenn er auch den ganzen Tag im Hause des Kridars behufs Unterrichts und Erziehung der Kinder zuzubringen verpflichtet wäre; ebensowenig der Lohnkutscher, dessen sog. „Remise" (ständige Equipage mit Pferd und Kutscher) in einer im Hause des Kridars selbst befindlichen Stallung untergebracht ist. A. M. Hullmann S. 111 oben.

20) Obwohl diese in den Motiven als nicht hieher gehörig bezeichnet wird; denn die Motive beziehen sich (wie oben erörtert) auf die abgeänderte Fassung des Gesetzes.

21) Die Bemerkung der vorigen Note ist auch hieher zu beziehen. Ebenso Fitting, Hullmann, Petersen, Stieglitz, v. Wilmowski. Anderer Ansicht wie in Note 10 bereits erwähnt, Fuchs, v. Sarwey, Wengler und auch Meisner, der (obwohl im Allgemeinen unserer Ansicht) doch diese Art von Bediensteten den Hausärzten u. s. w. gleichstellt.

22) Das Verhältniß zwischen Lehrherrn und Lehrling zählt das Gesetz nicht unter diese Kategorie (vgl. unten §. 20 lit. b).

23) Fraglich erscheint mir, wie sich die Interpretation bei Kunstinstituten, Theater-, Circus- und solchen Unternehmungen zu gestalten habe? Daß das niedere Personal in einem Dienstverhältnisse in dem Erwerbsgeschäfte des Theaterunternehmers steht, ist gewiß; wohl auch der Kassier, der Regieverwalter u. s. w. Ob aber auch die Orchestermitglieder, das eigentliche Personal, die Regisseure, der Kapellmeister? In's Praktische übersetzt heißt diese Frage nämlich: können

Wie das Gesetz nunmehr lautet, scheint mir, es ließe sich die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen operae liberales und quae locari solent[24]) vollkommen hieher verwenden[25]). Es wird so ziemlich zusammenstimmen, daß alle operae locari solitae unter eine der drei Kategorien: Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft fallen; während die Thätigkeit, deren Inhalt sich als operae liberales darstellt, nicht hieher gehört. So wird man die Verpflichtung des „Hausarztes", obwohl er im Hause Dienste zu leisten hat, nicht als ein im „Haushalte", diejenige des „Geometer", welcher vom Gutsbesitzer zur Evidenthaltung der Kataster engagirt ist, nicht als ein im „Wirthschaftsbetriebe" und jene des Redakteurs der von einer Verlagshandlung herausgegebenen wissenschaftlichen Zeitschrift nicht als ein im „Erwerbsgeschäfte" angetretenes Dienstverhältniß ansehen können. Hienach also wäre meines Erachtens zu unterscheiden.

Als Fälle, in denen (aber aus einem anderen Grunde) §. 19 nicht zur Anwendung kommt, wurden in den Berathungen[26]) hervorgehoben: „wenn beispielsweise der Gemeinschuldner ein Gut besitze, welches ihm von einem Dritten mit der Bestimmung zugewiesen worden[27]), daß sich die Gläubiger des Gemeinschuldners an dieses Gut nicht sollten halten dürfen, so könnten die Dienstverträge, welche der Gemeinschuldner mit Bezug auf dieses Gut geschlossen, nicht unter §. 19 fallen".

---

diese letzteren Personen, wenn über den Unternehmer die Gant ausbricht, nach §. 15 der KO. vom Konkursverwalter sofort auf die Straße gesetzt und ihre Enschädigungsansprüche in den Konkurs verwiesen werden, oder muß ihnen nach §. 19 der KO. noch eine Frist gegönnt werden, innerhalb welcher sie ihre Gagen aus der Masse forterhalten? Nachdem durch die Theaterfreiheit die ohnehin schon etwas idealistische Auffassung der Bühne als „Bildungsanstalt" hinfällig geworden, und sicherlich 99 Procent der Theater, Cafés chantants, Circus u. s. w. reine Erwerbsgeschäfte sind, auch nicht wohl geleugnet werden kann, daß die Mitglieder dieser Institute in einem wahren „Dienst"-Verhältnisse zum Unternehmer zu stehen pflegen, so schließe ich mich der Ansicht an, daß auf sie der §. 19 der KO. vollkommene Anwendung findet. Andernfalls würde es offenbar unmöglich sein, die Gränzen zu ziehen, wo der Diener anfängt und der Künstler aufhört; denn der Statist, welcher anzeigt: „die Pferde sind gesattelt", fühlt sich ebenso als Künstler, wie die Königin der Nacht, wenn sie das dreigestrichene f singt.

24) Vgl. Puchta, Institutionen Bd. III S. 5.

25) Im Anschlusse an das oben S. 27 Note 5 Gesagte.

26) K. Prt. S. 18.

27) Ob dies überhaupt zulässig ist, wenn nicht die Vorbedingungen eines Fideicommisses gegeben sind?

c. (des Gemeinschuldners).

Es ist (wie schon dargelegt) keineswegs nöthig, daß die Dienste dem Gemeinschuldner selbst geleistet werden; der §. 19 erstreckt sich also z. B. ebenso auf die Kammerjungfer der Frau des Gemeinschuldners, oder auch auf den Diener des auf einer fremden Universität studirenden Sohnes, soferne nur der Gemeinschuldner als der eigentliche Dienstherr erscheint. Unter dieser Voraussetzung greift der §. 19 selbst dann Platz, wenn es sich nicht um Familienangehörige des Kridars handelt; z. B. der Direktor des in Kohlgrubenheim für den in München wohnenden Bankier A betriebenen Bergwerks hat einen Kutscher, den er aufnehmen und entlassen kann, der aber aus der Geschäftskasse gezahlt wird. Wenn A in Konkurs kommt, untersteht das Verhältniß zwischen Direktor und Kutscher dem §. 19. Es kommt also darauf an, ob wenn auch die Dienste nicht der Person des Gemeinschubners geleistet werden, doch der Dienstlohn auf seine Rechnung bezahlt wird.

d. (angetretenes).

Soferne das Dienstverhältniß noch nicht angetreten ist, sonach eigentlich kein Dienstverhältniß, sondern nur ein auf wechselseitige Leistungen gerichteter noch vollständig unerfüllter Vertrag vorliegt, liegt kein Grund vor, eine Ausnahmsbestimmung zu geben [28]). Die Vorschrift des §. 15 der KO. findet Anwendung [29]); es steht also hier bei dem Konkursverwalter, ob er Erfüllung des Vertrages wählen will, und der zur Dienstleistung Verpflichtete kann sofort darüber Gewißheit verlangen, was geschehen soll. Da nun aber offenbar einestheils Derjenige, welcher nach der Konkurs-Eröffnung in Dienst treten muß, nicht schlechter gestellt sein kann, als der zur Zeit der Eröffnung schon in Dienst Befindliche [30]), und die Erwägungen, welche oben in Betreff der Fortdauer des außergewöhnlichen Kündigungsrechtes nach §. 17 Ziff. 1 erörtert wurden [31]), auch hier vollständig Platz greifen, überdies der

---

28) Bei der zweiten Lesung (K.-Prt. S. 149) war angeregt worden, das Wort „angetreten" zu ersetzen durch: „bestehend" oder „eingegangen", allein dieser Antrag wurde „als mit den Principien des Entwurfes unvereinbar" abgelehnt.

29) Eine Ausnahme wird zu statuiren sein, wenn landesgesetzliche Vorschriften diesen Fall regeln; z. B. die Preußische Gesindeordnung v. 8. November 1810 (v. Wilmowski S. 129) oder die Württembergische (Stieglitz S. 112) diese bleiben nach §. 20 der KO. in Kraft. A. M. v. Sarwey S. (85) 100.

30) Vgl. S. 260.

31) Es heißt nicht: „ein vor der Konkurseröffnung in dem Haushalte u. s. w. des Gemeinschuldners angetretenes"; ein nach der Eröffnung in Folge des früheren Vertrages angetretenes Dienstverhältniß ist immer noch ein zwar

Eingang des §. 19 eine Zeitbestimmung nicht enthält, so muß angenommen werden, daß, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung wählt, doch sodann §. 19 Anwendung findet. Also: wenn z. B. der Ultramarin-Fabrik-Besitzer A am 4. März mit dem Chemiker B einen Vertrag geschlossen hat, wonach B auf 5 Jahre bei ihm als Direktor fungiren und am 1. Juli eintreten soll und nun am 1. Mai über A der Konkurs eröffnet wird, so kann der Konkursverwalter allerdings verlangen, daß B am 1. Juli seine Stelle antritt. Dieser muß aber nicht fünf Jahre lang aushalten, sondern er kann kündigen und (soferne nicht nach dem maßgebenden Civilrechte [32]) eine gesetzliche Kündigungszeit und Frist festgesetzt ist) von dem Konkursgerichte die Zeit bestimmen lassen, innerhalb welcher er bleiben muß. Ebenso ist der Konkursverwalter, auch wenn er auf Erfüllung des Vertrages besteht, dennoch nicht an die fünfjährige Dienstzeit gebunden [33]).

e. (aufgekündigt werden).

Die Folge der Kündigung ist das Erlöschen des Dienstverhältnisses entweder sofort oder (und dies ist Regel) nach Ablauf einer gewissen Frist von der Kündigung an. Zwar scheinen hiegegen die Motive (S. 64) zu sprechen, welche bemerken:

„Ob gegenüber dem Gemeinschuldner diese Verträge bestehen bleiben oder ob in Folge des über ihn ausgebrochenen Konkurses die Erfüllung derselben unterbleibt oder ihre Aufhebung eintritt, bestimmt sich nach den allgemeinen oder nach den besonderen Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes." Hienach wäre also das Verhältniß so, daß der Dienstvermiether, falls von dem Rechte des §. 19 Gebrauch gemacht würde, sei es von ihm selbst oder von dem Verwalter, hiedurch nur der Masse gegenüber von der Dienstleistung befreit wäre, gegenüber dem Gemeinschuldner selbst aber im Dienste bleiben und von ihm im Dienste behalten werden müßte, wobei er sich wegen seines Lohnes an den neuen Erwerb des Dienstherren zu halten hätte. Allein das Gesetz hat dies meines Erachtens nicht gewollt; das Verhältniß

---

nicht „beim Gemeinschuldner" (wie die Fassung des Entwurfes war), aber „im Haushalte u. s. w. des Gemeinschuldners angetretenes." Die Bayer. Proz.-O. Art. 1220 Abs. 4 drückt sich gleichfalls ganz allgemein aus.

32) Will man den Fabrikdirektor als „Handlungsgehülfen" ansehen, so müßte er jedenfalls ein Quartal aushalten und 6 Wochen vorher kündigen. Art. 61 des A. D. HGB.

33) Es ist schon oben bemerkt worden, daß dies eigentlich nicht der ratio juris entspricht, da der Konkursverwalter durch Nichtauflösung des Vertrages eigentlich denselben, so wie er ist, für die Masse übernimmt. Allein das Gesetz lautet einmal so und nicht anders.

geht vielmehr (soferne es nicht zu denen gehört, die überhaupt vom Konkurse nicht berührt werden) durch die Kündigung vollständig zu Ende.

Es fragt sich nun aber: kann derjenige Theil, welchem gekündigt wird, Entschädigung verlangen? Ich glaube nicht [34]); denn das Gesetz hat eben in §. 19 den Fall der Konkurseröffnung als einen Fall des außerordentlichen Kündigungsrechtes aufgestellt, der Kündigende macht also nur von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch und dafür leistet man keine Entschädigung. Gerade deshalb, um die hierin liegende Härte zu mildern, ist denn auch dem Konkursgerichte die Befugniß eingeräumt, eine billige Frist festzusetzen, innerhalb welcher die Entlassenen einen anderen Dienst suchen und finden können [35]).

Wird nicht gekündet, und ebenso für die Zeit, während welcher das Dienstverhältniß nach der Kündigung noch währt, gilt der Verwalter in seiner Eigenschaft als Vertreter der Masse als Dienstherr [36]). Der Lohn oder das Honorar ist Masseschuld und wird aus der Masse durch den Verwalter bezahlt; der bis zur Konkurseröffnung rückständige Lohn ist dagegen als Konkursforderung geltend zu machen [37]).

f. (gesetzliche oder ortsübliche).

Unter den gesetzlichen Bestimmungen über Zeit und Frist der Kündigung werden der Art. 61 des A. D. HGB. [38]) und was die Gesellen und Fabrikarbeiter betrifft, die §. 122 und 134 des Gesetzes vom 17. Juli 1878 [39]) über Abänderung der Gewerbeordnung besonders oft zur Anwendung kommen; außerdem die verschiedenen Gesindeordnungen [40]). Zu bemerken ist jedoch,

34) Man könnte sich wohl Fälle denken, in denen Schadensersatz eintreten muß; z. B. A hat einen längeren Vertrag mit B geschlossen, der in Folge dessen eine gute Stellung aufgibt; um seiner Verpflichtung loszuwerden, erklärt sich A in Konkurs, derselbe wird zwar eröffnet, und in Folge dessen dem B gekündet, aber alsbald, weil sich die Solvenz herausstellt, wieder aufgehoben. Hier müßte wohl dem in solcher Weise geschädigten B eine Klage gegen A zustehen, aber ex dolo.

35) Vgl. oben S. 255.

36) Es müssen also die Dienste der Masse geleistet werden, vgl. Erl. lit. a.

37) Was die verfallenen Raten betrifft, so werden hier dieselben Grundsätze, wie sie oben §. 17 lit. c bei dem Miethzinse erörtert sind, maßgebend erscheinen.

38) Vgl. hierüber Anschütz und Völderndorff, Kommentar Bd. I S. 435 ff.

39) Reichsgesetzblatt v. 1878 S. 199.

40) Z. B. Preußische Gesindeordnung v. 8. November 1810 §. 112, 113, 148. Sächsische Gesindeordnung v. 10. Januar 1835 §. 90 ff. In Bayern bestehen verschiedene sog. Ehehalten-Ordnungen, in den altbayerischen Pro-

daß nur diejenigen gesetzlichen Bestimmungen hier gemeint sind, welche die Kündigung der Dienstmiethe im Allgemeinen betreffen. Dagegen, wenn etwa das Civilrecht die Zulässigkeit einer sofortigen Auflösung des bereits angetretenen Dienstverhältnisses wegen Eröffnung des Konkurses über den Dienstherrn vorschreiben würde[41]), oder besondere Termine für die Kündigung der Dienstmiethe enthalten würde, so müssen diese als durch den §. 19 der KO. derogirt erachtet werden.

g. (einer solchen).

Diese Worte beziehen sich sowohl auf die Frist wie auf die Zeit; wenn also z. B. sogenannte Ziele üblich wären, an denen gekündigt werden kann, ohne daß zugleich die Frist, wie lange nach der Kündigung der Dienst noch fortzusetzen sei, bestimmt sein würde, so hat das Konkursgericht eine solche festzusetzen. Ebenso wenn die Zeit vertragsmäßig ausgemacht, nicht aber die Frist, oder umgekehrt. Z. B. die in Konkurs gekommene Modistin A hatte die Madame B auf zwei Jahre als Vorarbeiterin engagirt; hier kann der Verwalter sofort kündigen und das Konkursgericht bestimmt die Frist, nach deren Ablauf die B das Geschäft zu verlassen hat. Oder es wäre verabredet gewesen, daß das Dienstverhältniß auf unbestimmte Zeit dauern solle und nur am 1. Januar und 1. Juli jedes Jahres gekündigt werden kann; hier hat das Konkursgericht festzusetzen, zu welcher anderen Zeit der Verwalter in Folge des eingetretenen Konkurses kündigen dürfe.

h. (auf Antrag des Kündigenden festzusetzen).

Es ist nicht ausgeschlossen, daß auch der andere Theil vom Konkursgerichte mit seinen Erklärungen gehört werde. Die Festsetzung selbst wird unter Berücksichtigung aller Verhältnisse zu geschehen haben. Das Gericht wird nicht das Dienstpersonal Knall und Fall auf die Straße setzen, und auch

---

vinzen die „Ehehalten- und Tagwerkerordnung" von 1755, 1761, 1781, 1801, welche ein Jahr als ordentliche Dienstzeit und sechswöchentliche Kündigungsfrist je vor Lichtmeß und Michaeli (Martini) festsetzen; in Unterfranken die Dienstordnung von 1818 mit den Zielen Dreikönig und Michaeli und vierwöchentlicher Kündigung.

41) Wie dies gemeinrechtlich der Fall ist. Bei der Berathung (K.-Prt. S. 18) hatte Abg. v. Bahl sich für die zweite Lesung einen Antrag vorbehalten auf Aufrechthaltung der in einzelnen Ländern existirenden Bestimmungen, wonach im Falle der Konkurseröffnung die Dienstverträge mit dem Gesinde sofort oder zu bestimmten Terminen auch ohne Kündigungsfrist „aufgerufen werden konnten". Ein solcher Antrag wurde indessen nicht gestellt und jedenfalls nicht angenommen. Anders ist es hinsichtlich der Bestimmungen über die Aufhebung eines noch nicht angetretenen Dienstes. Vgl. Note 29.

nicht erlauben dürfen, daß zum Schaden der Masse die kündigenden Dienstleute das Haus oder Geschäft ohne Weiteres verlassen. Dagegen wird auch nicht zu gestatten sein, daß die Masse mit Dienstleistungen länger behelligt werde und Lohn zu bezahlen habe, als unumgänglich nothwendig ist.

---

§. 20.

Sonderbestimmungen des bürgerlichen Rechtes.

Soweit rücksichtlich einzelner, durch die §§. 16—19 nicht betroffener Rechtsverhältnisse [a]) die Reichsgesetze oder die Landesgesetze besondere Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens [b]) enthalten, kommen diese zur Anwendung [c]).

I. Entw. §. 25; II. Entw. §. 20; Pr. H. E. Art. 720; Pr. K.-O. §. 20. B. P.-O. —

a. (durch die §§. 16—19 nicht betroffenen Rechtsverhältnisse).

Die citirten Paragraphen beziehen sich auf die sog. Fixgeschäfte, auf Pacht und Miethe von Sachen (ausgenommen den Fall, daß der Gemeinschuldner verpachtet oder vermiethet, die Sache aber nicht übergeben hat) und auf bereits angetretene Dienstmiethen im Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft; für diese Rechtsgeschäfte [1]) bildet fortan die Konkursordnung die einzige Norm rücksichtlich der Folgen der Konkurseröffnung. Alle in den Reichs- oder Landesgesetzen etwa enthaltenen besonderen Bestimmungen in dieser Materie erscheinen demnach als aufgehoben. Von dieser Regel ist bereits oben (S. 279 oben) eine Anwendung in Betreff der Bestimmungen der Gesindeordnung wegen sofortiger Aufhebung des Dienstverhältnisses

---

1) Aber auch für diese nur in ihrer in den Paragraphen behandelten Richtung, also z. B. nicht für alle Dienstmiethen. Wenn sich irgendwo Bestimmungen finden für den Fall, daß der Dienstleistende in Konkurs geräth, so bleiben diese in Kraft, weil (vgl. oben §. 19 Erl. zu lit. a) dieses Rechtsverhältniß in §. 19 nicht berührt wird; ebenso, da durch §. 18 das Rechtsverhältniß nicht betroffen ist, wenn der Gemeinschuldner verpachtet oder vermiethet hatte und die Sache noch nicht übergeben war, etwaige Spezialbestimmungen für diese Fälle.

wegen Konkursmäßigkeit des Dienstherrn vorgekommen, indem diese als derogirt angesehen werden müssen[2]), weil sie mit §. 19 nicht übereinstimmen[3]).

b. (besondere Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens).

Die Vorschriften, welche die §§. 16—19 für die dort bezeichneten Arten von zweiseitigen Verträgen treffen, derogiren (wie in Erl. a erörtert) den ihnen zuwider laufenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes. Es giebt aber außerdem einzelne Arten von Verträgen[4]), für welche das bürgerliche

---

2) Nicht so beim Lehrherrn, vgl. unten S. 283.

3) Ein anderes Beispiel bietet Art. 1220 Abs. 2 der Bayr. Prozeßordnung von 1869. Hier wird für Pachtverträge festgesetzt, daß sie im Falle der Konkurseröffnung von jedem Theile (wenn eine ortsübliche Kündigungsfrist nicht besteht) drei Monate vor Ablauf des Wirthschaftsjahres gekündigt werden können. Es ist dies offenbar eine landesgesetzliche „Bestimmung über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens" „rücksichtlich eines durch §. 17 betroffenen Rechtsverhältnisses". Es könnte daher zwar (vgl. die Motive zum II. E. S. 79) die dreimonatliche Kündigungsfrist als allgemein gesetzliche, nicht blos im Konkursfalle eintretende, in Bayern jederzeit eingeführt werden, so lange dies aber nicht der Fall ist, schließt §. 20 der KO. ihre Gültigkeit aus, und erscheint daher (auch abgesehen von der Abschaffung der Prozeßordnung überhaupt) der obige Abs. 2 als nicht mehr anwendbar.

4) Die beiden Entwürfe hatten sich nur auf die in §. 15 behandelten zweiseitigen Verträge beschränkt; in der ersten Lesung wurde der §. 20 — obwohl ihn Dr. Frankenburger für überflüssig erklärte — unverändert angenommen (K.-Prt. S. 19). In der zweiten Lesung bekämpfte Dr. v. Sarwey auf Grund seiner Kritik des Entwurfes (S. 58—64, auch gedruckt als Note zum Protokoll der 23. Sitzung) diese enge Fassung, doch blieben nach längeren Debatten (K.-Prt. S. 153—161) seine Abänderungsvorschläge in der Minderheit. Erst in der 27. Sitzung (K.-Prt. S. 202) gelangte die jetzige Formulirung zur Annahme und zwar mit folgender Konstatirung „der übereinstimmenden Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter":

„Diese Fassung werde gewählt, um die reichs- und namentlich die landesgesetzlichen Sondervorschriften Angesichts des §. 4 des Einführungsgesetzes auch in Bezug auf die Rechtsverhältnisse zu wahren, welche an sich unter die allgemeine Vorschrift des §. 15 nicht fallen würden, also in Bezug auf andere als zweiseitige Verträge und andere als eigentliche Vertragsverhältnisse. Dagegen verbleibe es dabei: 1) daß nur solche Vorschriften gewahrt werden sollen, welche nicht die Wirkung der Konkurseröffnung auf Erfüllung von Rechtsgeschäften im Allgemeinen festsetzen oder als Ausfluß solcher allgemeinen Bestimmungen diese auf einzelne Rechtsgeschäfte lediglich anwenden, sondern welche aus Rücksicht auf die besondere Natur gewisser einzelner Rechtsverhältnisse lediglich für diese unabhängig von jenen allgemeinen Bestimmungen getroffen

Recht den Fall der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines der Kontrahenten durch besondere Vorschriften vorgesehen hat. — Da dies in der Eigenthümlichkeit dieser Verträge seinen Grund hat, würde sich ein Eingriff in diese Vorschriften nur dann rechtfertigen, „wenn dieselben mit dem Wesen des Konkurses unvereinbar sein würden." (Motive). Es ist nicht zu läugnen, daß die Feststellung dieses letzteren Kriterium sehr schwierig sein und zu vielen Kontroversen führen wird; es wäre deshalb am Platze, hier sämmtliche Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetze aufzuführen und bei jeder einzelnen zu prüfen, ob sie mit dem Wesen des Konkurses unvereinbar sei oder nicht. Allein hiezu bekenne ich mich außer Stande; ich werde mich begnügen, Einiges hervorzuheben, eine Vollständigkeit wird sich erst nach längerer Geltung der Konkursordnung durch die Praxis feststellen.

A. Reichsgesetzliche Bestimmungen.

1) Vor Allem sind hervorzuheben die Gesellschaftsverträge. „Schon in der l. 65 §. 1. D. pro socio (17, 2) heißt es: bonis a creditoribus venditis unius socii, distrahi societatem Labeo ait. Damit stimmen die Vorschriften des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuches und des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 [5]) überein, nach denen eine offene Handels-Gesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters,

---

sind; 2) daß diese Vorschriften nur insoweit gewahrt werden sollen, als sie die Frage der Erfüllung des Vertrages oder der Beendigung des Verhältnisses, nicht insoweit sie eine Rückforderung des bereits Geleisteten aus der Konkursmasse betreffen."

Daß mit dieser Ausdehnung die Bestimmung nicht mehr in den 2. Titel paßt, welcher sich mit den zweiseitigen Schuldverhältnissen befaßt, bedarf keiner Erörterung; es hatte daher, wie erwähnt, v. Sarwey wiederholt Anträge gestellt, um eine Beschränkung der Vorschrift auf „zweiseitige Verträge" zu erlangen oder wenigstens den §. 15 speziell zu citiren, allein, da alle diese Vorschläge verworfen wurden, so hat der §. 20 unzweifelhaft die Bedeutung, alle in den Civilrechten zerstreuten Vorschriften über die Wirkung der Konkurseröffnung auf einzelne Rechtsverhältnisse aufrecht zu erhalten.

Ein Erkenntniß des Reichsgerichtes vom 24. November 1880 (Entscheid. Bd. III S. 42) bemerkt, daß nur solche Landesgesetze hieher gehören, welche nicht bestimmt waren, das Konkurs-, Fallissements-, Gant- oder Debitverfahren als solches umfassend zu regeln, welche vielmehr nur gelegentlich (bei der Normirung einzelner Civilrechtsverhältnisse) über den Einfluß der Eröffnung eines Konkursverfahrens auf diese einzelnen Verhältnisse Bestimmung treffen.

5) Vgl. für Bayern die gleiche Vorschrift unten.

eine gewöhnliche Kommandit- und eine stille Gesellschaft durch den Konkurs, sei es des Inhabers des Handelsgewerbes, sei es des stillen Gesellschafters, eine Genossenschaft durch den über sie verhängten Konkurs aufgelöst wird. (HGB. Art. 123 Abs. 3; 170 Abs. 2; 200, 261 Nr. 3 [6]); Gen.-Ges. v. 4. Juli 1868 §. 34 Nr. 3.) Bei diesen Vorschriften muß es bewenden; der Verwalter des in Konkurs verfallenen Gesellschafters wird bei der persönlichen Bedeutung der socii nicht auf Grund des §. 15 an Stelle des Gemeinschuldners die weitere Erfüllung und Fortdauer der Sozietät verlangen dürfen [7])." (Motive.)

2) „Der Art. 903 des Handelsgesetzbuches enthält eine besondere Vorschrift bei Seeversicherungen [8]); wenn der Versicherer zahlungsunfähig geworden ist, soll der Versicherte nach seiner Wahl befugt sein, von dem Vertrage zurückzutreten und die ganze Prämie zurückzufordern oder einzubehalten, oder auf Kosten des Versicherers nach Maßgabe des Art. 793 eine neue Versicherung zu nehmen; dieses Recht soll ihm jedoch nicht zustehen, wenn ihm vor dessen Ausübung von der andern Seite genügende Sicherheit bestellt wird. Durch den letzteren Zusatz verschwinden die Bedenken, welche gegen die Exemption dieses besonders gearteten Verhältnisses von der Regel des §. 15 bestehen mögen. Dagegen ließe es sich allerdings nicht rechtfertigen, die Ausnahmebestimmung des Art. 903 zur Regel für Versicherungsverträge aller Art zu erheben. Die verschiedenen Arten derselben erfordern eine verschiedene Beurtheilung. Bald ist es ungewiß, ob das versicherte Ereigniß eintritt, bald nur die Zeit, wann es eintritt, bald ist die Versicherung nur gegen einmalige Gefahr, bald gegen fortdauernde Gefahr genommen, bald deckt die Versicherungsprämie oder das Entgeld nur eine zukünftige Gefahr, bald eine theilweise schon bestandene Gefahr. Alle diese und andere Unterschiede machen sich im Falle der Nichterfüllung des Versicherungsgeschäfts geltend. So lange nicht allgemeine Rechtssätze für die verschiedenen Versicherungsgeschäfte bestehen, läßt sich eine von §. 15 abweichende Regel für dieselben nicht aufstellen." (Motive.)

3) „Ein anderes den Dienstverträgen (§. 19) zwar verwandtes, aber nicht gleichzustellendes Verhältniß ist das zwischen dem Lehrherrn und Lehrling, betreffs dessen der §. 128 der Gewerbeordnung vom 17. Juli 1878 (R.-Ges.-Bl. S. 205 ff.) bestimmt: „Auf den Antrag des einen oder des

---

6) Wenn dagegen ein Mitrheder in Konkurs geräth, so hat dies die Auflösung der Rhederei nicht zur Folge. (A. D. HGB. Art. 472 Abs. 2, 476.)

7) Die Auseinandersetzung erfolgt aber nicht im Konkurs, vgl. oben S. 181.

8) Aehnliche Bestimmungen gibt das Pr. LR. Th. II Tit. 8 §. 2012 ff. für Versicherungen überhaupt.

anderen Theils ist der Lehrvertrag aufzuheben, wenn der Lehrherr oder der Lehrling zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen unfähig wird." Diese Bestimmung wird auch für den Eintritt des Konkurses gelten müssen und die Fortsetzung des Lehrvertrages nicht dem Wahlrecht des Verwalters zu unterwerfen sein." (Motive.)

4) Die Bestimmung des Art. 29 der A. D. WO., wonach in Betreff der acceptirten Summe Sicherheit zu leisten ist, wenn über das Vermögen des Acceptanten der Konkurs eröffnet wird oder derselbe seine Zahlungen eingestellt hat, bleibt gültig.

B. Landesgesetzliche Bestimmungen.

1) Einzelne Rechte enthalten die oben erwähnte reichsgesetzliche Norm über Auflösung der Handelsgesellschaften auch für die gewöhnlichen Sozietäten, so das Gemeine Recht [9]), das Französische Recht [10]), das Sächsische Gesetzbuch [11]). Im Gebiete des Preußischen sowie des Bayerischen Landrechtes findet sich dieser Satz ausdrücklich nicht ausgesprochen; jedoch auch für diese kann die Regel des §. 15 der KO. nicht Platz greifen. Nach Bayer. LR. Th. IV Cap. VIII §. 13 Nr. 5 kann das außerordentliche Kündigungsrecht wegen erheblicher Ursache dem Mitgesellschafter jedenfalls nicht verwehrt sein und überdies wird auf Grund der subsidiären Geltung des Römischen Rechtes die Erlöschung der Sozietät [12]) auch im Gebiete des Bayerischen Rechtes angenommen [13]). Nach Preußischem Rechte nahm man bisher an, der Konkurs sei eine den Vertrag aufhebende Veränderung in der Person des Gesellschafters, und man stützte sich auf die Allg. Ger.-O. (Th. I Tit. 50 §. 291), welche „als Ausfluß der landrechtlichen Prinzipien anzusehen und deshalb trotz formeller Aufhebung durch die Konkursordnung rechtsbeständig sei [14])."

---

9) Vgl. Puchta, Pandekten §. 372 Nr. 4. Windscheid, Pandekten Bd. II S. 481. Seuffert, Pandekten §. 352 Nr. 5.

10) Code civil Art. 1865: „la société finit . . . . . Nr. 4: par la déconfiture de l'un des associés.

11) Bürgerliches Gesetzbuch §. 1385.

12) Natürlich endigt überall nur das Sozietätsverhältniß, der Gesellschaftsvertrag wird nicht aufgehoben, daher bleibt er maßgebend für die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern.

13) Seuffert, Kommentar zur Gerichtsordnung Bd. IV S. 410.

14) Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. II S. 265 Note 4. v. Wilmowski S. 132. Allerdings wurde im Preuß. Einführ.-Gesetze v. 8. Mai 1855 der citirte Titel 50 ausdrücklich aufgehoben.

Schon um eine Rechtsungleichheit zu vermeiden und weil die „Gesellschaft“ als auf rein persönlichen Qualitäten beruhend von einem Konkursverwalter den Mitgesellschaftern nicht aufgedrängt werden kann, bin ich vollkommen mit diesen beiden letzten Ansichten einverstanden und glaube, daß fortan in ganz Deutschland der Konkurs jede, auch die Nicht-Handels-Gesellschaft endigt[15]).

2) „Das Pr. LR. hat in Th. I Tit. 11 §. 975 dem Besteller eines Werkes das Recht verliehen, bei einem vor Ablieferung desselben über das Vermögen des Werkmeisters entstehenden Konkurse das in der Masse vorhandene vollendete Werk gegen Erlegung des noch schuldigen Preises zu fordern. Auch diese, das Wahlrecht des Verwalters — den Vertrag nicht zu erfüllen — beseitigende Ausnahmsbestimmung verstößt nicht gegen das Wesen des Konkursrechtes.“ (Motive.) „Es handelt sich — äußerte R.-R. Hagens bei der Berathung (K.-Prt. S. 157) — hier um ein nahezu persönliches Verhältniß; das vollendete Werk hat für die Person des Bestellers eine besondere Bedeutung; es ist nicht als fungible Sache gedacht.“ Dieser letztere Grund paßt nun ebensowohl für den Fall, daß die Materialien zum Werke vom Besteller als wenn sie vom Gemeinschuldner geliefert worden sind, und ich kann mich daher der Ansicht[16]) nicht anschließen, daß unter der letzteren Voraussetzung die obige Vorschrift nicht Platz greife.

---

15) Anderer Ansicht ist v. Sarwey a. a. O. S. (91), 106, welcher annimmt, daß im Gebiete des Pr. Rechtes auf Gesellschaftsverträge der §. 15 der KO. anwendbar sei.

16) Dieselbe wird von Sarwey a. a. O. S. (92) 107 deshalb vertreten, weil außerdem das Prinzip des §. 21, wonach eine Kondiktion nicht stattfinden könne, verletzt erscheine. Ich vermag dies nicht zu finden; denn Voraussetzung ist ja, daß der Vertrag auf beiden Seiten nicht erfüllt sei; es findet dann weder Vindikation noch Kondiktion statt, sondern Erfüllung Zug um Zug. Freilich ergibt sich die eigenthümliche Rechtsgestaltung, daß, falls der Besteller seinerseits bereits erfüllt, das heißt den Preis vorausbezahlt hatte, dies ihm nichts nutzt, diese Zahlung muß er als Konkursgläubiger kondiziren; denn sein Recht geht nur dahin, daß er der Masse gegenüber den noch unerfüllten Vertrag erfüllen darf, daß er das Werk, wenn ihm persönlich daran liegt, erlangen kann, aber nur indem er der Masse das leistet, was als Gegenwerth des Werkes stipulirt ist. Was er dem Gemeinschuldner vorher geleistet hat, kommt hiebei nicht in Betracht. Anders ist es im Falle des Th. I Tit. 11 §. 977, worüber unten §. 21 lit. d gesprochen wird. (Meisner S. 99 Note 3 dagegen ist, obwohl er im Uebrigen meine Ansicht theilt, der Meinung, der Besteller habe an die Masse nur zu entrichten, was er noch rückständig ist und v. Wilmowski S. 133 Note d stimmt dem bei.)

Nach Gemeinem Rechte ist dagegen der §. 15 der KO. im Allgemeinen für die Werkverdingung anwendbar und zwar ebensowohl wenn der Besteller das Material liefert, als wenn der Werkverdinger dieses selbst beschafft, also die Grundsätze über den Kauf anwendbar sind. Zwei Modalitäten aber sind hervorzuheben. Hat der Besteller das Material gegeben, so ist er Eigenthümer; kommt der Verdinger in Konkurs, so könnte er also vindiziren; dem steht aber das Wahlrecht des Verwalters entgegen, wenn er auf Erfüllung besteht. Andernfalls aber hat die Masse ein Retentionsrecht wegen der bereits aufgewendeten Kosten. (Ebenso v. Sarwey S. (91 u. 92) 106 u. 107; Stieglitz S. 112; v. Wilmowski S. 133.)

Anders stellt sich die Sache bei Akkordarbeit. Hier ist überhaupt, wenn das Werk nicht geliefert wird, die Forderung nicht auf den vollen Preis, sondern nur auf die Differenz der Akkordsumme mit den Auslagen und dem Arbeitslohn des Werkmeisters existent; hienach modifizirt sich also, da der Konkurs des letztern jedenfalls den Besteller zur Ablehnung weiterer Arbeit berechtigt, das Verhältniß.

3) Was den Konkurs des Bevollmächtigten betrifft, so sind nach Pr. LR. Th. I Tit. 13 §. 197 die „einem Kaufmanne, welcher in Konkurs geräth, gegebenen Aufträge und Agenturgeschäfte als in Folge des Konkurses widerrufen anzusehen.“ Dagegen erlischt nach richtiger Auffassung des Preuß. LR. Th. I Tit. 13 §. 196 ff. die Vollmacht mit dem Konkurse des Vollmachtgebers“ (Dernburg a. a. O. S. 265). Nach dem Code civil Art. 2003 endigt „la déconfiture soit du mandant soit du mandataire“ das Mandat. Im Gemeinen Rechte und ebenso im Bayerischen Landrechte findet sich keine Bestimmung dieser Art [17]).

Dagegen aber enthält die Bayer. Prozeß-Ordnung in Art. 1201 Ziff. 1 die Vorschrift: „Mit der Bekanntmachung des Auszuges aus dem Ganterkenntnisse ist gleichzeitig öffentlich kundzugeben: daß in Folge der Ganteröffnung die von dem Gantschuldner ertheilten Vollmachten erloschen seien.“ Da hier offenbar keine Bestimmung des bürgerlichen Rechtes über das Mandat, sondern eine allgemeine Konkursvorschrift in Frage steht, fällt dieselbe nicht unter §. 20 der KO., sondern ist (auch abgesehen von der allgemeinen Aufhebung der Prozeßordnung in Art. 235 des Bayerischen Ausführungsgesetzes vom 23. Februar 1879) durch §. 4 des Einf.-Ges. beseitigt.

Es ist übrigens noch weiter zu unterscheiden. Daß der Auftrag und die Vollmacht durch den Konkurs des Beauftragten bezw. Bevollmächtigten erlösche, ist weder in der Natur des Mandats noch in jener der Stellvertretung [18])

17) Vgl. S. 129.

18) Ueber den Unterschied zwischen „Auftrag“ und „Vollmacht“ vgl. Laband in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. X S. 183 ff.

begründet. Oft ist derjenige der beste Geschäftsführer für einen Anderen, der seine eigenen Sachen nicht in die Reihe zu bringen versteht. Die Bestimmung des Preußischen und Französischen Rechtes ist daher eine rein singuläre Vorschrift und ergibt sich noch nicht aus dem Wesen der Insolvenz. Was aber den Konkurs des Auftrag- und Vollmachtgebers betrifft, so ergibt sich aus der in §. 5 und 6 der KO. verfügten Dispositionsbeschränkung des Gemeinschuldners, daß allerdings die Handlungen des Stellvertreters den Gläubigern gegenüber unwirksam sein müssen. Ein Mehreres aber folgt nicht aus der Insolvenz an und für sich; nicht einmal daß die Vollmacht erloschen sei, „soweit durch nachherigen Vollzug des Mandates eine das Vermögen angehende Verfügung getroffen würde[19])." Denn der Dritte ist durch das vom Bevollmächtigten nach Eröffnung des Konkurses über den Vollmachtgeber geschlossene Geschäft jedenfalls gebunden und auch dem Bevollmächtigten können, so lange das Mandat nicht widerrufen wird, die aus dem Vertrage erwachsenden Ansprüche (z. B. Ersatz der Auslagen u. s. w.) nicht versagt werden. Soweit also nicht positive Gesetze (wie nach Preußischem und Französischem Rechte) das Mandat durch die Insolvenz des Vollmachtgebers erlöschen lassen, bleibt dasselbe bis zum Widerruf in Kraft, nur verpflichtet der Bevollmächtigte nicht die Masse[20]).

4) Nach Th. I Tit. 11 §. 957 des Pr. LR. ist das Darlehensversprechen hinfällig, wenn „nach dem Versprechen in den persönlichen oder Vermögensumständen des Borgers Veränderungen eingetreten sind, wodurch die persönliche oder dingliche Sicherheit, auf welche der Leiher bei dem Versprechen Rücksicht genommen hat, geschmälert wird." Ob die Schmälerung durch die Konkurseröffnung eintrete, ist eine nach den Umständen des Falles zu entscheidende Thatfrage. In der Regel wird dies anzunehmen sein; indessen kann man sich Fälle denken, in welchen die Umwandlung des Darlehens in eine Masseschuld, welche eintritt, wenn der Konkursverwalter Erfüllung wählt, dem Darleiher genügende Sicherheit gewährt[21]).

5) Daß die im Rechte allgemein üblichen[22]) Vorschriften, wonach man

---

19) Wie dies ein in Seuffert's Archiv Bd. III Nr. 321 abgedrucktes Erkenntniß annimmt.

20) Vgl. die Erläuterungen oben S. 129.

21) v. Sarwey S. (97) 113 will dies allgemein annehmen, was aber meines Erachtens mit dem Gesetze nicht vereinbar ist, weil dasselbe den Darleiher berechtigt, auch wegen Veränderung in dem persönlichen Verhältnisse des Borgers zurückzutreten. v. Wilmowski dagegen S. 134 lit. b nimmt die Befreiung des Versprechenden allgemein als feststehend an.

22) Diese Vorschriften erscheinen in verschiedenen Formen: a) der Bürge haftet nur in zweiter Reihe, der Hauptschuldner muß zuvor eingeklagt werden; dieses

die Bürgschaft nur in der mäßigsten Weise ausnützen darf, wegfallen, sobald der Hauptschuldner und bezw. Mitbürge in Konkurs gerathen ist, bleibt natürlich aufrecht; ebenso jene Spezialbestimmungen, welche gewisse Beschränkungen der Haftung des Pfandes[23]) bei Konkursmäßigkeit des Schuldners beseitigen.

6) Nach Pr. LR. Th. I Tit. 11 §. 150 kann der Käufer, welcher sich in der Regel wegen Gewährleistung nur an seinen unmittelbaren Vormann halten darf, diesen überspringen, sobald derselbe in Konkurs ist[24]). Diese Bestimmung bleibt ebenso aufrecht, wie die im §. 436 gegebene, daß eine Forderung als schon zur Zeit der Zession unsicher gewesen erachtet wird, wenn der Schuldner bis zum Verfalltage in Konkurs geräth[25]).

7) Ueber die in verschiedenen Rechten enthaltenen Vorschriften, welche Wirkung die Konkurseröffnung auf die Nutznießungs- und Verwaltungsrechte des Ehemannes an dem Vermögen der Frau und der Kinder habe, ist schon früher (zu §. 1 Alinea II) gesprochen worden.

8) Die im Pr. LR. Th. I Tit. 11 §. 520 und 521 über den Tröbelvertrag gegebenen Vorschriften für den Fall des Konkurses enthalten, wie die Motive (z. II. E. S. 85) bemerken, keine Abweichung von den Grundsätzen der Konkursordnung. Bricht nämlich über den Tröbler der Konkurs vor Ablauf der zum Verkaufe der hingegebenen Sache bestimmten Zeit aus, so hat der Verwalter die Wahl, ob er die Sache zurückgeben[26]) oder den

---

sog. beneficium ordinis seu excussionis fällt weg bei notorischer Insolvenz des Hauptschuldners: nach Gemeinem Recht (Windscheid §. 478 Note 5. Vangerow 7. Aufl. Bd. III S. 78), nach Pr. LR. (Th. I Tit. 14 §. 300), nach Bayer. LR. (Th. IV Cap. X §. 11 Nr. 6). b) Mehrere Mitbürgen haften nicht sofort für das Ganze, jeder nur vorerst für seinen Theil; dieses sog. beneficium divisionis fällt hinweg, wenn der Mitbürge zahlungsunfähig ist: nach Gemeinem Recht (Windscheid §. 479), nach Bayer. LR. (Th. IV Cap. X §. 13 Nr. 5), nach Französischem Recht: Code civil Art. 2026 Abs. 2), nach Mainzer LR. XX §. 3 ff.

23) Z. B. den Anspruch des dritten Pfandbesitzers, daß der Gläubiger seine Befriedigung zuerst bei dem Schuldner und dessen Bürgen suche; die sog. exceptio excussionis personalis nach Nov. 4 c. 2 vgl. Windscheid §. 235 Note 10; ferner die im Pr. LR. Th. I Tit. XX §. 26 vorkommende Verabredung, daß das Pfand nicht verkauft werden dürfe, u. dgl.

24) Dies gilt nach Th. I Tit. 11 §. 152 auch bei anderen Verträgen, aus welchen ein Kontrahent von dem anderen Gewährleistung fordern kann.

25) Die Konkursordnung berührt dieselbe im Grunde nicht.

26) Da er dies nur kann, wenn die Sache noch in der Masse vorhanden ist, so ergibt sich, wie auch in §. 521 ausgesprochen, daß — wenn solches nicht der Fall — die Nichterfüllung gewählt und damit der andere Theil in den Konkurs verwiesen werden muß.

limitirten Preis bezahlen will; bricht der Konkurs nach Ablauf des Termines aus, so muß sich derjenige, welcher die Sache hingab, als Gläubiger im Konkurse melden.

Auch die in Th. I Tit. 11 §. 278 enthaltene Bestimmung, daß das Rücktrittsrecht des in Konkurs fallenden Kontrahenten auf den Konkursverwalter übergeht, ergibt sich aus §. 6 der KO.

9) In der bereits oben erwähnten, gelegentlich der Berathung vertheilten, verdienstvollen Schrift des Abg. v. Sarwey waren noch zwei weitere Bestimmungen, die eine aus dem Französischen, die andere aus dem Württembergischen Rechte, hervorgehoben. Nach Art. 2102 Nr. 4 des Code civil hat der Verkäufer das Recht, verkaufte und nicht bezahlte bewegliche Sachen, wenn der Kaufpreis nicht kreditirt war, binnen 8 Tagen nach der Ablieferung wieder zurückzunehmen, und die Motive (zum II. E. S. 163) bemerkten, „es möge dahin gestellt bleiben, ob dies noch gelte, wenn vor Ablauf der 8 Tage der Konkurs über den Käufer ausgebrochen sei.“ R.-R. Hagens führte nun in der 23. Sitzung aus (K.-Pr. S. 157), daß jene Bestimmung weder unter §. 15 noch unter §. 20 falle. „Der Art. 2102 enthalte keine Sondervorschrift für den Konkurs — er sei durch das Fallimentsgesetz v. 1838 (Art. 550) gerade für den Konkurs außer Kraft gesetzt; ebensowenig enthalte er eine Sondervorschrift für die Erfüllung eines Kaufes, vielmehr nur eine Konsequenz der allgemeinen Regel des Code, daß die Nichterfüllung eines Vertrages dessen Aufhebung herbeiführe. Sonach falle der Art. 2102 unter §. 21 der KO. Wenn man also annehme, daß das Eigenthum schon auf den kaufenden Gemeinschuldner übergegangen sei, so werde Art. 2102 durch §. 21 beseitigt (das heißt der frühere Eigenthümer kann nur eine Forderung auf Ersatz des Kaufpreises oder auch des Werthes der Sache im Konkurse geltend machen), wenn aber das Wort „revendiquer“ in Art. 2102 als „Rückforderung des Eigenthums“ zu übersetzen und sonach das Eigenthum als beim Verkäufer verblieben anzusehen sei, so finde §. 15 Anwendung (das heißt, der Konkursverwalter hat die Wahl, ob er die Sache zurückgeben oder den Preis bezahlen will).

Nach der herrschenden Ansicht[27]) ist letzteres indessen nicht der Fall. Die revendication des Art. 2102 Nr. 4 gibt nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe der Sache zur Sicherstellung des Verkäufers, welcher (wie bemerkt) durch §. 21 ausgeschlossen ist. Der §. 15 aber kann nicht zur Anwendung kommen, weil der Verkäufer bereits vollständig erfüllt hat.

Der Art. 52 des württembergischen Gesetzes v. 21. Mai 1828 bestimmt, daß „aus dem Grunde des Eigenthums“ ein Aussonderungsrecht anzusprechen

27) Petersen S. 114 ff.

haben: a) der Verkäufer einer unbeweglichen Sache, wofür der nicht angeborgte Kaufpreis nicht bezahlt worden ist, und b) derjenige, welcher sein Vermögen mit der Bedingung abgetreten hat, daß ihm dagegen Alimente gereicht werden." Doch hängt es in beiden Fällen von der Gesammtheit der Gläubiger ab, durch Bezahlung der Forderung oder durch Fortreichung der bedungenen Alimente die verkaufte oder geschenkte Sache der Masse zu erhalten; es wäre denn, daß der Alimentationsvertrag gegenseitig aus Rücksichten der Persönlichkeit des Kontrahenten abgeschlossen worden. Das württembergische Gesetz verneint also in diesen zwei Fällen den Eigenthumsübergang, wenn in Folge des Konkurses die Gegenleistung in Frage gestellt wird. Diese Bestimmung muß daher als eine solche, welche nicht als Bestandtheil des bürgerlichen Rechtes die Wirkung der Nichterfüllung im Allgemeinen regelt, sondern lediglich als Sondervorschrift für den Konkurs zu betrachten ist, — durch §. 4 des Einf.-Gesetzes als beseitigt angesehen werden [28]). Dagegen wird aber eingewendet [29]), daß es sich hier um eine nicht mit dem Konkurs zusammenhängende Vorschrift handle, daß daher im Falle der Alimentationsvertrag gegenseitig aus Rücksichten auf die Persönlichkeit des Kontrahenten abgeschlossen wurde, das Rechtsverhältniß (mit Ausschluß des Wahlrechtes des Konkursverwalters) durch den Konkurs aufgehoben werde, in den anderen Fällen aber nach §. 15 das Wahlrecht eintrete. Wird der Vertrag aufgehoben, so bleibt dem Uebergebenden das Aussonderungsrecht gewahrt. Denn durch Art. 7 des Württembergischen Ausführungsgesetzes zur KO. von 1879 sind die in Art. 52 Nr. 1—5 des Pfandgesetzes von 1828 bezeichneten Eigenthumsrechte ausdrücklich als unberührt erklärt. Die Hingabe des Vermögens (die Tradition selbst) gilt nur als unter der Resolutivbedingung der Erfüllung der Alimentationspflicht erfolgt und es hebt somit die Nichterfüllung dieser Pflicht, wie jede andere Resolutivbedingung, die Eigenthumsübertragung wieder auf.

10) Es ließe sich die Frage aufwerfen [30]), ob nach der allgemeinen Fassung des §. 20 der KO. nicht auch solche landesgesetzliche Vorschriften aufrecht erhalten seien, welche sich auf den Einfluß des Konkurses für die Erwerbung von Erbschaften und Vermächtnissen [31]) beziehen. Allein es kann

---

28) Ebenso Reg.-Rath Hagens in der Kommission Prt. S. 158.

29) v. Sarwey S. 110. Stieglitz S. 113.

30) v. Sarwey S. 114.

31) Hieher gehört z. B. die Bestimmung in §. 1511 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches über Ausschlagung eines Vermächtnisses, einer Erbschaft, einer Anwartschaft durch den Konkursverwalter und die Vorschrift der A. Pr. G. O. durch welche zur Entsagung auf eine nach eröffneten Konkurse dem Ge-

diese Frage meines Erachtens nicht bejahend beantwortet werden und zwar im Hinblicke auf den §. 1 der KO., welcher den nach der Konkurseröffnung anfallenden Erwerb von der Heranziehung zum Verfahren ausschließt.

C. Aufrecht erhalten bleiben endlich noch folgende Bestimmungen Bayerischer Spezialgesetze:

1) Art. 4 Ziff. 7 des Gesetzes vom 10. November 1861 [32]), die Zusammenlegung der Grundstücke betr., schließt die zwangsweise Zusammenlegung aus gegen Gründstücke, welche einer Gantmasse angehören.

2) Art. 26 Ziff. 4 des Gesetzes vom 29. April 1869 [33]), betreffend die privatrechtliche Stellung von Vereinen, verfügt, daß der Verein aufgelöst wird durch Eröffnung der Gant über das Vereinsvermögen [34]).

3) Das Gesetz vom 3. April 1875 endlich, betreffend die Brandversicherungsanstalt für Gebäude in den Landestheilen diesseits des Rheines [35]), bestimmt in Art. 3 Ziff. 7, daß die Gebäude derjenigen Personen, welche in Gant gerathen, sobald ein Gläubiger die Einverleibung verlangt, versichert werden müssen, und Art. 72 erklärt die Brandakassekuranzprämien als Masseschulden.

Da diese Vorschriften nicht sowohl den Konkurs und das Konkursrecht betreffen (über die letzte Bestimmung wird bei §. 52 gesprochen werden), als aus Anlaß der Konkursmäßigkeit für gewisse Rechtsverhältnisse Verfügungen enthalten, so wird ihr Fortbestand nicht bezweifelt werden können.

c. kommen diese zur Anwendung.

Dieser Ausdruck ist extensiv zu interpretiren. Denn nicht blos „diese Bestimmungen" kommen zur Anwendung sondern das gesammte Bürgerliche Recht bleibt selbstverständlich insoferne und insoweit vollständig anwendbar, als danach zu bestimmen ist, ob ein Vertrag zur Zeit der Konkurseröffnung besteht und welche Rechte aus demselben entstehen und jedem der Kontrahenten zustehen. Die §§. 15—21 der KO. setzen diese Feststellung voraus und behandeln nur die Frage, welche Veränderungen an den nach allgemeinem Bürgerlichen Rechte sich ergebenden Ansprüchen und Verbindlichkeiten die Konkurseröffnung hervorrufen soll.

Gemeinschuldner angefallene Erbschaft der Kurator der Masse berufen ist. Vgl. hierüber auch die Erörterungen oben auf S. 82 und 130.

32) Gesetzblatt v. 1861 S. 253.

33) Gesetzblatt v. 1869 S. 1210.

34) Vgl. die oben erwähnte desfallsige Bestimmung im Reichsgesetz.

35) Ges.- u. Verord.-Blatt von 1875 S. 270 u. 290.

§. 21.

Folgen der Nichterfüllung.

Wenn in Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens [a]) die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit [b]) oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners [c]) eintritt, so ist der andere Theil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung [d]) aus der Konkursmasse zu verlangen [e]). Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen [f]), soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht [g]).

I. E. §. 26; II. E. §. 21; P. H. E. Art. 721; Pr. KO. §. 15, 16, 21; B. Pr.-O. Art. 1220 Abs. 4.

a. (in Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens).

Diese allgemein gehaltenen Worte zeigen, daß, obwohl der §. 21 im zweiten Titel der KO. steht, doch derselbe sich nicht blos auf diejenigen Fälle erstreckt, welche die §§. 15—20 besprechen, also auf die schwebenden zweiseitigen Geschäfte [1]), sondern im Allgemeinen auf alle Fälle einer Rückforderung wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit des Gemeinschuldners. Indessen ist der Ausdruck: „in Folge" wiederum nach einer anderen Richtung hin restriktiv zu interpretiren. Wenn Kaufmann A von seinem Schwiegervater am 1. Februar 1880 zehn Stück Oesterreichische Nationalbankaktien

---

1) Fitting §. 6 Note 37: „die Worte: wenn in Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens — — die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt — treffen zuvörderst die in der KO. §. 17. 19. 20 vorgesehenen Fälle, außerdem aber auch den Fall, wenn bei beiderseits noch nicht vollständig erfolgter Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags der Konkursverwalter sowohl als der Vertragsgegner auf die Erfüllung verzichten und so den Vertrag durch Uebereinkunft aufheben." Ursprünglich war, wie sich aus den Motiven ergibt, dies allerdings beabsichtigt, allein im I. E. war der Fall der Erfüllung der wechselseitigen Obligation Seitens eines der Kontrahenten noch unter §. 15 subsumirt; dies ist inzwischen beseitigt worden (vgl. oben S. 216); der §. 21 behandelt aber gerade diesen Fall ex professo und daher kommt die Inkongruenz.

um 10,000 fl. ö. W. gekauft und geliefert erhalten hat, den Kaufpreis aber schuldig blieb und nun, nachdem A am 1. März 1880 in Konkurs gerathen, der Kauf als weit über den Kurs geschlossen angefochten wird und daraufhin die Nichterfüllung der Verbindlichkeit zur Zahlung des rückständigen Kaufpreises eintritt, so würde die Voraussetzung des §. 21 nach dem Wortlaute vollkommen vorliegen; denn die fragliche Nichterfüllung ist allerdings in Folge der Eröffnung der Konkurseröffnung eingetreten. Allein es würde dennoch nicht dieser Paragraph, sondern §. 31 zur Anwendung kommen. Demnach beschränkt sich der §. 21 auf diejenigen Fälle, in denen die Obligation als solche nicht aufgehoben wird, in denen auch der das Rechtsverhältniß erzeugende Vertrag bestehen bleibt, und bei welchen also nur — als unmittelbare Folge der Konkurseröffnung — auf Seite des Gemeinschuldners der Vertrag überhaupt nicht oder nicht weiter mehr erfüllt wird. Da sich übrigens der §. 21 nicht blos mit der Rückgabe der geschehenen Leistungen beschäftigt — was allerdings nur bei nicht vollständig erfüllten wechselseitigen Obligationen vorkommt —, sondern überhaupt mit den Forderungen wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses, so findet derselbe auch auf Fälle der einseitigen Verpflichtung Anwendung, insofern etwa die Voraussetzungen hiezu gegeben sein sollten.

b. (die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit).

Es sind hier vor Allem jene Fälle gemeint, in denen eine wechselseitige Obligation durch Erfüllung auf der einen Seite zu einer Schuld auf der andern Seite geworden ist, worüber bereits in der Einleitung zu diesem Titel das Geeignete erörtert wurde (vgl. oben S. 216 ff.). In zweiter Reihe aber findet allerdings der §. 21 auch auf den Fall der Nichterfüllung einer einseitigen Verbindlichkeit Anwendung und ergänzt in gewisser Richtung den §. 2 der KO., indem er diesen näher erläutert und insbesondere, wie unter lit. f dargelegt werden wird, das Prinzip der Umwandlung des Objektes aller „Konkursforderungen“ in Geld zum Ausdrucke bringt.

c. (die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners).

Unter obigen Worten denkt sich das Gesetz nicht nur dauernde Obligationsverhältnisse, in denen der Gemeinschuldner als Pächter, Miether, Verpächter, Vermiether und Dienstherr steht, sondern überhaupt jede schwebende Haftung, also alle wechselseitigen von keiner Seite erfüllten Obligationen. Ob die Aufhebung dieser Verhältnisse, noch ehe sie begonnen, oder bereits nachdem sie angetreten wurden, erfolgt, ist für die Anwendung des §. 21 ohne Relevanz.

d. (die Rückgabe seiner in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung).

I. Darüber ob eine gemachte Leistung einen Eigenthumsübergang bewirkt habe oder nicht, entscheidet lediglich das Bürgerliche Recht. Kann der Leistende, wenn kein Konkurs ausbricht, das geleistete Objekt als sein Eigenthum vindiziren, so kann er dieß auch dann, wenn der Konkurs eröffnet wurde. Der §. 21 ändert hieran Nichts; er will nicht das Vindikationsrecht, wenn es besteht, ausschließen, sondern er setzt nur fest, daß wenn ein solches nicht besteht, dasselbe auch nicht in Folge einer Konkurseröffnung bewilligt werden soll.

II. Der erste Entwurf (§. 26) drückte sich kürzer aus: „die Rückgabe einer geschehenen Leistung.“ Dies war aber auch richtiger, denn die „Leistungen“ als solche (das dare facere praestare) gehen doch wohl kaum in das Eigenthum über, sondern jedenfalls nur das, was geleistet wird, — in das Eigenthum aber auch das nur, soferne es eine Sache ist [2]). So wie der Satz jetzt steht, scheint er ganz selbstverständlich. Denn daß man eine Sache von demjenigen, in dessen Eigenthum sie übergegangen ist, deshalb noch nicht vindiziren kann, weil derselbe seine Verbindlichkeit aus dem Obligationsverhältnisse, welches die Eigenthumsübertragung veranlaßte, nicht erfüllt, ist natürlich, und wenn es sich nicht um Sachen handelt, so kann man ohnehin nicht davon sprechen, daß „die Leistung in das Eigenthum übergegangen sei.“ Aus den Motiven (zum I. E. S. 115 ff.) wird aber der Gedanke des Gesetzes klar; es sollte die in der Pr. KO. §. 16 Abs. 3 enthaltene Anschauung beseitigt werden, als ob die in Folge der Konkurseröffnung eintretende Nichterfüllung von Seite des Gemeinschuldners den ganzen Vertrag als nicht geschlossen und daher den Eigenthumsübergang als nicht geschehen erscheinen lasse, so daß derjenige Kontrahent, welcher bereits geleistet hatte, nunmehr die geleistete Sache vindiziren konnte [3]). Das Gesetz geht davon aus: Dadurch, daß in Folge des Konkurses die Erfüllung eines Vertrages unterbleibt, ist der Vertrag weder als nicht geschlossen noch als aufgehoben zu erachten; denn es wird weder ein Verzug in der Erfüllung durch die Konkurseröffnung bedingt, noch liegt eine thatsächliche oder rechtliche Un-

---

2) Vgl. v. Sarwey S. (99) 116.

3) Mit Recht bemerkt Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. II S. 262 Note 5, daß dieses Vindikationsrecht keine inneren Gründe habe. Die Bestimmung verdankt ihre Entstehung einem Amendement der zweiten Kammer und ist als ein neuer Beleg dafür, daß Gesetzbücher keiner parlamentarischen Spezialberathung unterstellt werden sollten, zu erwähnen.

möglichkeit vor, daß erfüllt werde; und wenn auch eine Veränderung in den Umständen des Schuldners nicht in Abrede gestellt werden kann, so löst doch eine solche keineswegs die Verpflichtung desselben als nichtig auf, sondern vermag nur etwa gleichfalls eine Veränderung in derselben zu bewirken. Das Prinzip aber (welches z. B. das Französische Recht befolgt), daß, wenn die Gegenleistung nicht in der bedungenen Weise erfolgt, der Vertrag rückgängig wird, läßt sich dem Konkursanspruche der Mitgläubiger gegenüber nicht durchführen [4]). Wenn nun aber der Vertrag als solcher aufrecht bleibt, so lösen sich die einzelnen Fälle leicht. Besteht der Anspruch desjenigen Kontrahenten, welcher geleistet hatte, in einer Geldsumme, so ist er für diese persönlicher Gläubiger und nimmt am Konkurse Theil. Der Verkäufer, welcher die verkaufte Sache bereits übergeben hatte, liquidirt den rückständigen Kaufpreis im Konkurse, er kann aber nicht die gelierferte Sache zurückverlangen. Umgekehrt: der Käufer, welcher den Kaufpreis bezahlt hatte, ohne die Waare geliefert erhalten zu haben, kann nicht etwa diesen Kaufpreis aus der Masse kondiziren, sondern er muß seinen Anspruch im Konkurse geltend machen [5]). Der juristische Inhalt des ersten Satzes im §. 21 ist also folgender:

Wenn eine Leistung unter der Voraussetzung gemacht wurde, daß der Empfänger versprochenermaßen seinerseits eine Leistung mache, und diese Voraussetzung tritt deshalb nicht ein, weil der Empfänger in Konkurs gerathen ist, so besteht nicht nur kein Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Leistung [6]), sondern auch kein Forderungsrecht auf Vollziehung der vertragsmäßigen Leistung; demjenigen, welcher geleistet hat, steht nur ein Entschädigungsanspruch zu [7]).

Es ist aber im Auge zu behalten, daß dieser Satz nur zur Geltung kommt, soweit die in den ersten Worten des §. 21 enthaltene Voraussetzung in Frage steht, soweit es sich lediglich um die Folge der Konkurseröffnung handelt. „Ein auf einem anderen Grunde beruhendes Recht des Kontra-

---

4) Vgl. Art. 550 des Französ. Fallimentsgesetzes von 1838, welcher das Revindikationsprinzip des Art. 2102 Nr. 4 des Code civil ausdrücklich aufhebt.

5) Das „wie" behandelt der zweite Satz des §. 21 z. B. l. f.

6) Wie solches ohnehin gemeinrechtlich, wenn die Leistung erfolgt war auf Grund eines vorgängigen gegenseitigen Vertrages. Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. II S. 557.

7) „Der Kontrahent hat nur einen Entschädigungsanspruch." (Motive zum I. E. S. 114.) Daß im Falle die vorausgesetzte vertragsmäßige Leistung die Zahlung einer Geldsumme ist, das Objekt des Entschädigungsanspruches wiederum diese Geldsumme bidet, ändert an dem Prinzipe nichts.

henten oder des Verwalters zum Rücktritt von dem Vertrage oder zur Rückforderung des Gegebenen — beruhe dieses Recht auf einem dem Vertrage beigefügten Uebereinkommen, einem pactum reservati dominii oder einer clausula cassatoria, oder beruhe es auf einem Verzuge, welchen sich schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens der Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung der Verwalter, falls von ihm Erfüllung begehrt werden kann, zu Schulden kommen ließ, — ist keineswegs beseitigt." (Motive.)

Noch weniger natürlich findet (Vgl. Nr. I) der obige Satz Anwendung, wenn die geleistete Sache gar nicht in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangen war; denn in diesem Falle findet die Aussonderung derselben auf Grund des §. 35 der KO. statt. Wann dies ohngeachtet einer Besitzübertragung anzunehmen sei, darüber entscheidet wie oben erwähnt das Bürgerliche Recht [8]).

e. (aus der Konkursmasse zu verlangen.)

Aber auch nicht anderswoher, insbesondere nicht etwa vom Gemeinschuldner persönlich, soweit der Rückforderungsberechtigte zu den persönlichen Gläubigern gehört; denn da zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger nach §. 11 während der Dauer des Konkursverfahrens auch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners eine Exekution nicht stattfindet, so hat obiger Ausdruck nur die Bedeutung, daß dem Gegenkontrahenten sein Recht aus dem Vertrage an sich und abgesehen von dem Konkursverfahren bleibt; er kann also, wenn er sich im Konkurse nicht betheiligt hat, oder nicht befriedigt wurde, nachträglich seine Leistung vom Schuldner allerdings zurückfordern. Es ist dies also eine Abweichung von der allgemeinen Vorschrift des §. 152.

Vorbehalten bleibt natürlich auch hier der Fall, daß die geschehene

8) Es können aber natürlich nur allgemeine Bestimmungen des Civilrechtes über den Eigenthums-Erwerb und Nichterwerb hier in Betracht kommen, etwa wie jene Vorschrift des Gemeinen Rechtes (fr. 19 und 53 D, de contrah. emt. 18, 1), daß beim Kaufe Eigenthum nicht übergeht vor Zahlung oder Kreditirung des Kaufpreises u. s. w. Wenn dagegen ein ausnahmsweises Rückforderungsrecht im Konkurse irgendwo in den Landesgesetzen statuirt wäre, so erscheint dies durch §. 21 derogirt. Die Bestimmung des Pr. LR. Th. I Tit. 11 §. 977, daß dem Besteller eines Werkes im Konkurse des Werkmeisters die Rücknahme der von einem Vorschusse angeschafften Materialien zusteht, ist deshalb nicht mehr giltig; sie wäre es, wenn es als allgemeines Recht gälte, daß, wer mit vorgeschossenem Gelde etwas anschafft, den Borger zum Eigenthümer macht. (Ueber den anders gelagerten §. 975 und über den Art. 2102 des Code civil ist oben S. 285 gesprochen.)

Leistung sich gar nicht auf dasjenige Vermögen bezogen hat, welches dem Konkurse unterliegt, und daß der Forderungsberechtigte nicht persönlicher Gläubiger ist. Wenn also z. B. der Lehrer A zwar den Kindern des Gemeinschuldners B vom 1. Januar bis 1. April Klavierunterricht ertheilt, aber das Honorar dafür mit 50 Mark am 12. April, an welchem Tage der Konkurs über B eröffnet wird, noch nicht erhalten hatte, so ist dies zwar eine Leistung, welche nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen gemachte wurde; allein da A demohngeachtet ein persönlicher Gläubiger des B ist, so kann er seinen Anspruch dennoch im Konkurse und nur im Konkurse geltend machen. Hätte aber z. B. der Schreinermeister A in dem zum Fideicommißgute des Baron von X gehörigen Schlosse eine geschnitzte Vertäfelung von Eichenholz gefertigt und die Bezahlung am 1. April, an welchem Tage die Gant über X ausbricht, noch zu fordern, so findet auf sein Recht, die Trennung und Zurücknahme der gelieferten Arbeit zu fordern (soweit ihm ein solches nach dem betreffenden Civilrechte zusteht), der §. 21 keine Anwendung.

f. (eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen).

Der Schwerpunkt dieser Gesetzesstelle liegt auf dem Worte „wegen." Niemand kann im Konkurse eine Klage auf Erfüllung eines Vertrages, auf Fortsetzung eines Obligationsverhältnisses geltend machen; es steht ihm nur eine Forderung wegen der Nichterfüllung des Vertrags, wegen der Aufhebung des Rechtsverhältnisses zu[9]). Der Berechtigte ist nicht genöthigt, wenn der andere Theil eine Handlung zu leisten oder entgegenzunehmen hat, vorerst auf Leistung oder Annahme der Handlung zu klagen, sondern er kann sofort Entschädigung verlangen. Denn im Konkurse kommen nur Geldzahlungen in Frage; der oberste Grundsatz desselben: die Vertheilung der Masse unter sämmtliche Gläubiger nach Verhältniß ihrer Größe — bedingt dies, weil nur Geld als allgemeiner Werthmesser in ein Verhältniß gebracht werden kann.

---

9) Auch bei der eigentlichen Geldforderung ist dies der Fall; wer z. B. dem Gemeinschuldner ein Darlehen gegeben hatte, kann nicht dieses Darlehen bei der Konkursmasse zurückfordern; sondern er ist Konkursgläubiger wegen Nichterfüllung des Darlehensvertrages, er liquidirt den ihm zugegangenen Verlust (der mit der Summe des Kapitals und der zulässigen Zinsen allerdings identisch ist), und partizipirt mit den übrigen durch die Insolvenz Beschädigten, indem jeder den Ausfall bei der Vertheilung als „Manko", als „Verlust", das heißt als „Schaden" zu tragen hat. Dies wird sofort klar, wenn man ein Darlehen supponirt, welches nicht Geld, sondern eine andere fungible Sache zum Objekte hat.

Ist das Objekt der Forderung von vorneherein Geld und eine Schuld in Frage, so ist der Betrag der Entschädigung, welcher im Konkurse liquidirt wird, eben mit dem Betrage der Schuld identisch. Wenn nicht, dann muß der Betrag der Entschädigung ermittelt werden. Hiefür hatte der analoge §. 21 der Pr. KO. die ausdrückliche Bestimmung getroffen:

„Bei Beurtheilung der Entschädigungsansprüche solle angenommen werden, daß die Nichterfüllung durch eine Veränderung der Umstände herbeigeführt sei, welche sich in der Person des Gemeinschuldners ereignet habe[10])." Die Konkursordnung hat diese Bestimmung nicht aufgenommen, weil die Beurtheilung der Höhe dessen, was wegen Nichterfüllung gefordert werden kann, nach der Natur des einzelnen Falles erfolgen muß.

g. (soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht).

Diese Ausnahme bezieht sich nicht auf den Hauptsatz des §. 21, nicht darauf, daß Niemand „die Rückgabe der in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen" berechtigt sei; denn solche trifft auch die Absonderungsberechtigten; auch diese können keine „Rückgabe" begehren. Die „Rücknahme" steht nur den Aussonderungsberechtigten zu; aber auch diesen nur deshalb, weil die Voraussetzung des §. 21, der Uebergang des Geleisteten in das Eigenthum des Gemeinschuldners, überhaupt bei ihnen nicht zutrifft; sonach brauchten sie im Gesetze nicht besonders erwähnt zu werden.

Die Absonderungsberechtigten sind nur davon ausgenommen, daß sie ihre Forderung als „Konkursgläubiger" geltend machen müssen, in allen übrigen Beziehungen stehen sie den sonstigen Berechtigten gleich; auch sie haben keine Forderungen auf Erfüllung, sondern nur einen Entschädigungsanspruch wegen Nichterfüllung. Z. B der Privatier A verkauft am 1. Januar 1880 sein Haus in der Theatinerstraße um 200,000 Mark an Bankier B, wobei vereinbart wird, daß 50,000 Mark baar anzuzahlen seien, für

---

10) „Hiedurch sollte nicht dem Mitkontrahenten ein Anspruch gewährt werden für den Fall, daß die Aufhebung des Verhältnisses von seinem eigenen Entschluß ausginge; sie sollte nur den Umfang seiner Forderung bestimmen für den Fall der durch den Verwalter herbeigeführten Nichterfüllung. Die Vorschrift wollte auf diesen Fall den Grundsatz des Preuß. LR. Th. I Tit. 5 §. 381 angewendet wissen, wonach derjenige Kontrahent, in dessen Person die Veränderung sich ergibt, welche die Veranlassung ist, daß seinerseits der Vertrag aufgehoben wird, den anderen Kontrahenten „vollständig" entschädigen, d. h. ihm nicht blos den wirklichen Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn ersetzen muß." (Motive.)

50,000 Mark Wechsel sechs Monat dato gegeben und für den Kaufschillingsrest Hypothek bestellt werden soll. Am 10. Januar wird das Haus auf B überschrieben und die Hypothek dabei eingetragen, auch die Wechsel behändigt; mit der Anzahlung bleibt B im Rückstande, und ehe es dem A gelingt, dieselbe zu erzielen, wird über B der Konkurs eröffnet. Nun kann A vor Allem (wenn nicht ein Rücktrittsrecht vereinbart war) den Vertrag nicht mehr aufheben und das in das Eigenthum des B übergegangene Haus zurücknehmen; er kann aber auch nicht mehr einen Prozeß auf Kaufserfüllung anstrengen, er kann endlich nicht den Wechsel einklagen, sondern er muß sich wegen der Ansprüche aus der Nichterfüllung des Geschäftes, insoweit er wegen Nichtleistung der 50,000 Mark Anzahlung und wegen Nichteinlösung der Wechsel beschädigt ist, als Konkursgläubiger betheiligen; soweit dagegen sein Kaufschillingsrest hypothekarisch versichert ist, braucht er dies nicht zu thun. In dieser Beziehung macht er sein Absonderungsrecht geltend.

In ähnlicher Weise lösen sich auch alle übrigen Absonderungsfälle.

Dritter Titel.

Anfechtung [1]).

Der dritte Titel behandelt das Recht der Gläubiger auf Anfechtung der vor Eröffnung des Konkursverfahrens von dem nunmehrigen Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen.

Geschehene Dinge entziehen sich in der Regel jeder nachträglichen menschlichen Einwirkung. Im Rechtsleben gilt überdies als oberster Grundsatz, daß einmal erworbene Rechte wider den Willen des Berechtigten durch später eintretende Ereignisse nicht mehr in ihrem Bestande beeinträchtigt werden können. Deshalb müßte strenge genommen die Konkurseröffnung auch nur für die Zukunft, nicht aber rückwärts auf die Vergangenheit Wirksamkeit äußern. Es ist natürlich, und die §§. 5, 6 und 7 der KO. sprechen dies aus, daß von dem Augenblicke an, in welchem der Schuldner als zahlungsunfähig erklärt und ihm die Vermögensverwaltung entzogen ist, von ihm nichts mehr geschehen kann, was das Vermögen berührt, das nunmehr gleichsam seinen Gläubigern gehört. Allein was schon vorher geschehen ist, was er gethan hat, so lange er noch Herr seines Vermögens war, muß an und für sich als mit Recht geschehen, als von dem „Berechtigten" gethan bestehen bleiben. Jedoch — wie die Motive[2]) sagen — „daß Schuldner in ihrer Noth beträchtliche Werthe verschleudern, um den drohenden Konkurs abzuwenden, daß bedrängte Schuldner ihr Vermögen

1) 1. Auflage S. 257.

2) Zum I. Entwurf S. 123. Dieser Theil der Motive, 27 Quartseiten enthaltend, ist ganz besonders schön gearbeitet; er erörtert aber hauptsächlich die Gründe, welche die Gesetzgebung veranlaßt haben, die Materie so wie geschehen zu regeln, ferner gibt er eine umfassende Darstellung und Vergleichung der fremden Rechte. Da nun diese beiden Momente für die Praxis der lex lata nicht mehr in das Gewicht fallen, muß ich mir versagen, so sehr der innere Werth der Arbeit dazu verlockt, dieselbe dem Kommentar einzuverleiben.

unter ihren Gläubigern vertheilen nicht nach Recht und Billigkeit, sondern nach Zufall und eigener Willkür, daß Schuldner leicht zugänglich und in Erwartung von Gegendiensten die letzten Augenblicke ihrer Verfügungsfreiheit dazu benutzen, einzelne Gläubiger vor anderen zu begünstigen, daß böswillige Schuldner oft schon von langer Hand Vermögensstücke bei Seite schaffen, um dann „in Konkurs zu gehen", oder daß sonst die Gläubiger, wenn es endlich zum Konkurs kommt, ein leeres Nachsehen finden — ist eine zu häufige Erscheinung des Lebens, als daß die Gesetzgebung sich dazu schweigend verhalten dürfte. Es gilt dem Befriedigungsverfahren die Grundlage, die Befriedigungsmasse zu sichern, unrechtmäßig entzogene Vermögensstücke derselben wieder zuzuführen."

Diese Erwägungen hatten bereits im Römischen Rechte[3]) zur Gewährung verschiedener Rechtsmittel[4]) geführt, welche man später unter dem Namen der actio Pauliana zusammenfaßte[5]). Man kann ihre rechtliche Natur dahin präcisiren, daß sie eine Verkürzung der Gläubiger hinsichtlich der Befriedigungsmittel und eine fraus des Schuldners sowie einen dolus des Empfängers voraussetzt. Dieselbe hatte sonach eine rein subjektive Grundlage. Von diesen allgemeinen Sätzen aus hat sich aber die Gesetzgebung der verschiedenen Länder[6]), einer objektiven Grundlage zustrebend[7]), theils beschränkend[8]), theils erweiternd[9]) bewegt, und hiebei insbesondere eine bunte Reihe von Zeiträumen festgesetzt, innerhalb welcher das Vorhandensein eines Dolus angenommen oder doch vermuthet werden soll. Ebenso ist die bisherige Gesetzgebung schwankend gewesen, ob die betreffenden schuld-

---

3) Nachdem im älteren R.R. nicht immer die formale Konkurseröffnung (missio in bona) auch sofort die Dispositionsfähigkeit des Schuldners aufhob, war es umsomehr geboten, die Gläubiger gegen Bevorzugung Einzelner unter ihnen zu sichern.

4) Actio in factum, interdictum fraudatorium.

5) Puchta, Pandekten §. 380; Seuffert, Pandekten §. 670—672; Windscheid Bd. II § 463.

6) Eine umfassende Zusammenstellung der bisherigen Gesetzgebungen und eine klare Entwickelung der Grundsätze der neuen Konkursordnung gibt v. Sarwey in seinem Kommentar S. (104—118) 122—140. Ganz vorzüglich, klar und begrifflich scharf stellt Fitting in den § 15—18 seines Konkursrechts die Lehre dar. Ferner ist höchst beachtenswerth Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze § 50.

7) Vgl. die Ausführung der Motive zum I. E. S. 126 ff.

8) Z. B.: daß Zahlungen an Mitgläubiger als unanfechtbar angesehen werden sollen.

9) Z. B.: daß es bei liberalen Handlungen auf den dolus nicht anzukommen habe.

nerischen Verfügungen sofort nichtig oder blos anfechtbar sein sollen, und Aehnliches mehr[10]).

Das System der Deutschen Konkursordnung zeichnet sich dieser bisherigen Unklarheit gegenüber durch große Einfachheit aus; es läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen:

I. Voraussetzung eines Zurückgreifens auf die Zeit vor der Konkurseröffnung ist vor Allem das Vorhandensein einer Benachtheiligung eines oder mehrerer oder aller Konkursgläubiger. Diese Voraussetzung ist in § 23 Ziff. 1, in § 24 Ziff. 1 und 2 ausdrücklich benannt[11]), in § 23 Ziff. 2 liegt sie in derjenigen der Begünstigung eines Gläubigers stillschweigend inbegriffen, da die Begünstigung des einen immer die Benachtheiligung aller übrigen in sich schließt, und in § 25 versteht sich die Benachtheiligung von selbst, da Freigebigkeiten die Masse, aus welcher der Konkursanspruch Deckung findet, unter allen Umständen vermindern und daher diese Deckung verringern müssen. Wenn nun aber mit Rücksicht auf diese Voraussetzung der Anlaß zur Anfechtung nicht vorhanden erscheint, soferne das Vermögen des Schuldners auch ohne Herbeiziehung des durch das anfechtbare Geschäft aus der Masse gekommenen Werthes zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger hinreichen würde, weil ja in diesem Falle von einer Benachtheiligung derselben nicht die Rede sein kann[12]), so ist doch eine Einwendung aus dieser Möglichkeit gegenüber der formell bestehenden Konkurseröffnung unzulässig, denn diese stellt eben fest, daß die Gläubiger die ihnen gebührende Befriedigung nicht gefunden haben[13]).

---

10) Die Motive (zum I. E. S. 130) fassen diese Mannigfaltigkeit in drei Systeme zusammen:

I. Das System des Römischen und Gemeinen Rechts: Allgemeine Verfügungsunfähigkeit des Gemeinschuldners nicht vor der Konkurseröffnung.

II. Das System des älteren Französischen und Englischen Rechtes: Unbedingte Nichtigkeit aller von der Zahlungseinstellung ab erfolgten Verfügungen.

III. Das System des neueren Französischen und Englischen Rechtes: Ungiltigkeit aller Verfügungen des Gemeinschuldners, wenn der andere Theil von der erfolgten Zahlungseinstellung Kenntniß hatte.

11) In Ziff. 1 des § 24 ist allerdings nicht von einer eingetretenen Benachtheiligung, sondern nur von der Absicht zu benachtheiligen gesprochen. Allein ohne wirklichen Nachtheil, welcher aufgehoben werden soll, ist ein Anlaß zur Anfechtung faktisch nicht gegeben. Die Fassung der obigen Gesetzesstelle hat daher nur auf die Beweisfrage Einfluß. Vgl. die Note 5 zu § 24.

12) Motive S. 109.

13) Ich kann deshalb weder Fitting § 15 Note 4 zustimmen, welcher zwar zur Begründung des Anfechtungsanspruches nicht die Behauptung und den Nach-

II. Die zweite Voraussetzung der Anfechtung ist ein pflichtwidriges Verhalten desjenigen, welcher mit dem späteren Gemeinschuldner kontrahirt hat[14]. Denn nach dem Prinzipe der neuen Gesetzgebung gründet sich die Anfechtbarkeit nicht so fast auf das Verhalten des Gemeinschuldners als vielmehr auf die Handlungsweise des mit dem Gemeinschuldner Kontrahirenden. Als Pflichtwidrigkeit ist indessen nicht immer eine „unerlaubte Handlung" oder ein „Dolus", ja nicht einmal eine „Rechtswidrigkeit" im eigentlichen Wortsinne vorauszusetzen[15]. Schon im Falle des §. 24 Ziff. 2 ist eine solche nicht wohl zu konstruiren, keinenfalls aber im Falle des §. 25. Sich etwas schenken zu lassen, ist kein Unrecht; aber es verstößt gegen die im Verkehr nöthige Treue und Glauben, die zu beobachten Pflicht jedes anständigen Menschen ist, Geschenke eines Zahlungsunfähigen zu behalten[16]. Die Anfechtungsklage ist deshalb keine Klage aus unerlaubter Handlung[16], keiner actio doli[17], sondern ein revokatorisches Rechtsmittel der Exekution[18], eine Hilfsklage zur Realisirung der Zwangsvollstreckung[19].

III. Das pflichtwidrige Verhalten kann entweder darin liegen, daß die Konkursmäßigkeit des Kontrahenten (§. 23), oder daß dessen böse Absicht dem Gegenkontrahenten bekannt war (§. 24), oder auch nur in der Bereicherung auf Kosten besser Berechtigter (§. 25).

IV. Je nach dem Zeitpunkte des Vorganges wird für oder gegen rechts-

---

weis der Vermögensunzulänglichkeit erforderlich erklärt, wohl aber dem Gegner den Nachweis der Zulänglichkeit gestattet, noch auch Otto, Anfechtung S. 190 ff., welcher den Beweis zulassen will, daß der Konkurs nicht hätte eröffnet werden sollen. Denn nachdem zufolge der KO. nicht mehr die Ueberschuldung, sondern schon die Zahlungsunfähigkeit zur Konkurseröffnung führt, steht der Behauptung der Vermögenszulänglichkeit die Thatsache unwiderlegbar entgegen, daß der Schuldner nicht gezahlt hat, und was die Bestreitung der rite erfolgten Konkurseröffnung betrifft, so verstößt diese gegen die Rechtskraft des Beschlusses (§. 101 der KO.). Der Schuldner kann daher nur nach §. 188 die Einstellung des Verfahrens bewirken, dann fällt die Anfechtung ohnehin weg. Jede andere Ansicht würde in der Praxis der Chikane Thür und Thor öffnen.

14) Unter Umständen des dritten Empfängers vgl. §. 33 d. KO.

15) Vgl. die Note 2 zu §. 23.

16) Erk. des ROHG. vom 24. März 1879 (Entscheid. Bd. XV S. 33).

17) Vgl. das RG. Erk. vom 24. April 1883 (Entscheid. Bd. IX S. 73).

18) Erk. des Berliner Obertribunals vom 10. Februar 1876 (Entscheid. Bd. 77 S. 197 ff.).

19) Erk. des Berliner Obertribunals vom 15. Oktober 1874 (Entscheid. Bd. 73 S. 125).

widriges Verhalten des Gegenkontrahenten bezw. des Dritten eine Vermuthung aufgestellt.

V. Die Folge des gewährten Rechtes besteht nicht in der Nichtigkeit der vor die Konkurseröffnung fallenden Handlungen, sondern in deren Anfechtbarkeit, welche von dem Konkursverwalter auszugehen hat.

VI. Die durch die Anfechtung erzielte Wirkungslosigkeit der früheren Thatsache berührt nicht das Rechtsverhältniß zwischen dem Gemeinschuldner und dem Dritten, sondern hebt nur die rechtliche Wirksamkeit derselben gegenüber den Konkursgläubigern auf und zwar gegenüber von sämmtlichen, wenn auch der Vorgang nur einzelne derselben benachtheiligt haben sollte[20]).

Aus diesen Prinzipien konstruiren sich die §§. 22—34, welche ohne eine streng systematische Gliederung nach dem praktischen Bedürfnisse aneinander gereiht sind und folgenden Inhalt haben:

Die §§. 22—25 bestimmen, welche Handlungen überhaupt anfechtbar sind, und zwar enthält §. 22 einen allgemeinen Satz, der aber zugleich die Ausschließlichkeit der im Gesetze aufgeführten Anfechtungsgründe ausspricht; §. 23 normirt die Anfechtbarkeit wegen bereits bestehender Konkursmäßigkeit und zwar in Nr. 1 bei Eingehung von Rechtsgeschäften überhaupt und Rechtshandlungen mit Konkursgläubigern insbesondere, in Nr. 2 bei außergewöhnlichen Begünstigungshandlungen gegen einzelne Konkursgläubiger. §. 24 behandelt die Anfechtbarkeit wegen böser Absicht des Handelnden und zwar in Nr. 1 den allgemeinen Fall, in Nr. 2 die Begünstigung von Verwandten, während §. 25 die Freigebigkeiten behandelt, in Nr. 1 die Liberalitäten überhaupt, in Nr. 2 speziell diejenigen gegen den Ehegatten[21]).

Die §§. 26 und 27 setzen zwei Gründe des Ausschlusses der Anfechtung fest, bei der Zahlungseinstellung und bei Wechselzahlungen, während §. 28 vorsorglich einen Zweifel über die Zulassung der Anfechtung, wenn die Vollstreckung bereits erlangt ist, beseitigt. §. 29—33 behandeln das Formale des Anfechtungsverfahrens, nämlich §. 29 die Legitimation zur Anstellung der Klage, §. 30 die Verpflichtung — im Falle die Anfechtung Platz greift — für den Beklagten, §. 31 und 32 für die Masse, §. 33 für die Rechtsnachfolger, §. 34 endlich setzt eine Verjährungsfrist fest.

Die vorangeführten Paragraphen setzen den nachträglich ausgebrochenen Konkurs voraus und schützen nur die Konkursgläubiger. Für die anderen

---

20) Vgl. Fuchs, Konkursprozeß S. 45.

21) Fitting §. 15 Note 1 und Mandry S. 511 bezeichnen als Gesichtspunkt für die einen Fälle der Anfechtung den Rückerstattungsanspruch aus unerlaubter Handlung, für die andern den Rückerstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Fälle der Benachtheiligung der Gläubiger hat das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkurses Vorsorge getroffen. Dasselbe wiederholt die Bestimmungen der KO. mit denjenigen Anordnungen, welche den Wegfall der Beziehung auf eine zum Konkurs gewordene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nothwendig macht[22]).

---

§. 22.

Allgemeine Bestimmung.

Rechtshandlungen[a]), welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens[b]) vorgenommen sind[c]), können als den Konkursgläubigern gegenüber[d]) unwirksam[e]) nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen[f]) angefochten werden[g]).

I. E. §. 27; II. E. §. 22; P. H. E. Art. 754; Pr. K. O. §. 99, 110; B. P. O. —

a. (Rechtshandlungen).

Der vorstehende Ausdruck ist mit dem in §. 6 gebrauchten identisch und es sind im Allgemeinen die bei diesem Paragraphen (S. 133) gegebenen Erläuterungen auch hieher zu beziehen. Es fallen demnach unter den Begriff[1]) alle Vermögensminderungen durch Weggabe oder Aufgabe von Sachen, Rechten an Sachen oder Forderungen, durch Eingehung und Uebernahme von neuen oder Veränderung bereits vorhandener Verbindlichkeiten, durch Belastung des Vermögens mit dinglichen Rechten.

Es ist einerlei, ob die Handlung eine gerichtliche oder außergerichtliche,

---

22) Mit Recht macht Mandry §. 50 Note 4 darauf aufmerksam, daß das Anwendungsgebiet der KO. und dasjenige des erwähnten Reichsgesetzes sich nicht einfach durch Entgegenstellung der Anfechtung im Konkursverfahren und außerhalb desselben abgrenzen lasse, schon deshalb nicht, weil auch erstere nicht im Konkursverfahren stattfindet. Die Anfechtung nach der KO. kann allerdings nicht ohne daß ein Konkurs eröffnet wurde eintreten, wohl aber kann sich unter Umständen auch bei eröffnetem Konkurse die Möglichkeit der Anfechtung nach dem Reichsgesetze vom 21. Juli 1879 ergeben.

1) Die verschiedenen Legislationen gebrauchen verschiedene Worte: Handlungen, Verfügungen, Dispositionen, Rechtsgeschäfte, Geschäfte, Akte u. s. w.; gewöhnlich faßt man dieselben in den Ausdruck „Veräußerungen" zusammen, da reine „Erwerbshandlungen" den Gläubigern nicht leicht nachtheilig sein werden.

ob sie innerhalb oder außerhalb eines Rechtsstreites[2]), ob sie durch Vermittlung eines öffentlichen Organs (eines Notars, Gerichtsvollziehers u. s. w.) oder ohne solche vorgenommen wurde[3]). Handlungen eines Dritten für den Schuldner[4]) unterliegen der Anfechtung nicht[5]). Wenn der Schwiegervater A des den Konkurseröffnungsantrag stellenden Schuldners B den Gläubiger C zur Sicherung seiner Forderung eine Hypothek eingeräumt hat, so können dies die übrigen Gläubiger ebensowenig beanstanden, als wenn A die Schuld bezahlt[6]). Das Gesetz sagt: „Rechtshandlung"; es muß also eine Handlung sein, das heißt eine positive Willensthätigkeit, und eine Rechtshandlung, also mehr denn ein bloßes Thun. Die Zerstörung und Vernichtung von Sachen, obwohl auch hierdurch die Gläubiger benachtheiligt werden, macht zwar den Schuldner strafbar, die Anfechtbarkeit aber ist bei einer solchen Handlung aus natürlicher Ursache, wegen faktischer Unmöglichkeit ausgeschlossen[7]).

---

2) Die Motive sagen: „es braucht nicht hervorgehoben zu werden, daß es keinen Unterschied macht, ob die Handlung im gewöhnlichen Verkehr oder innerhalb eines Rechtsstreites erfolgt ist." Bei den Berathungen beklagte ein Redner (K. Prt. S. 23), „daß durch den gewählten Ausdruck dolose Unterlassungen im Prozesse nicht getroffen würden", und meinte, es wäre besser, den Satz der P. KO. §. 103 Ziff. 2 („die gegen den Gemeinschuldner ergangenen Entscheidungen und Mandate") aufzunehmen. Hiegegen äußerte Rgs.-Rath Hagens: „Entscheidungen würden durch Rechtsmittel angefochten, könnten aber nicht einer Anfechtungsklage unterliegen, immer sei es die der Entscheidung vorausgegangene Rechtshandlung, welche angefochten werde und diese Handlung bleibe anfechtbar, gleichviel ob nachmals ein Schuldtitel erlangt worden." Das heißt: wenn z. B. A gegen B ein Urtheil auf Bezahlung von 1000 Mark erlangt, weil in dem von A gegen B geführten Wechselprozeß der B absichtlich einen Termin versäumt, so können — falls B in Konkurs fällt — die Gläubiger zwar nicht das Urtheil anfechten, auch nicht wohl die Versäumung des Termins (denn das ist ja bloße Unterlassung vgl. die folgende Note 13), dagegen aber das Wechselgeschäft selbst, und damit erreichen sie, wenn dasselbe den Konkursanspruch schädigte, ihren Zweck. War aber dieses nicht anfechtbar, so ist auch die Terminsversäumung und das darauf ergangene Urtheil der Anfechtung entrückt.

3) Fitting a. a. O. Erk. des RG. v. 2. Juni 1880 (Entsch. Bd. II S. 374).

4) Sofern natürlich dieser Dritte nicht Vertreter des Schuldners, Bevollmächtigter, Prokuraträger, Kurator u. s. w. gewesen ist.

5) Das heißt nicht im Konkurse des Schuldners, wohl aber selbstverständlich im Konkurse dieses Dritten selbst.

6) Ebenso v. Wilmowski S. 161.

7) Vgl. Otto, die Anfechtung von Rechtshandlungen u. s. w. (1881) S. 26.

Die „Rechtshandlung" muß, wie erwähnt, zwar immer in einer positiven Willensthätigkeit, aber nicht immer in einem positiven Thun[8]) bestehen, sie kann unter gewissen Umständen auch in einem Geschehenlassen sich zeigen[9]). Dagegen soll das Wort nicht bloße Unterlassungen umfassen und das Gesetz weicht sonach in diesem Punkte von der Lehre des Gemeinen Rechtes ab. Denn letzteres begreift (vgl. die Motive zum I. E. S. 148) unter einem gestum des Schuldners auch ein non facere quod debet facere[10]), z. B. Verlust von Servituten durch absichtlichen Nichtgebrauch, Dereliktion, Fallenlassen eines Prozesses, Erlöschung einer Forderung durch absichtliches Eintretenlassen der Verjährung u. s. w.[11]). Allein (wie die Motive a. a. O. mit Recht sagen) ein bloßes Unterlassen entzieht sich der Anfechtung. Die Anfechtung soll das Geschehene ungeschehen machen[12]), sie setzt voraus, daß das Vermögensstück durch eine bestimmte Handlung und durch sie allein aufgegeben sei, daß es ohne diese Handlung dem Vermögen noch angehören würde und mit Beseitigung derselben ihm wieder zufalle. Eine Unterlassung kann nicht beseitigt werden — ein Nichtgeschehenes geschehen machen ist mehr als Menschenmacht vermag[13]).

---

8) Verzichte und Entsagungen enthalten ein positives Thun; es wird später bei §. 25 erörtert werden, in wie weit solche anfechtbar sind.

9) Nämlich dann, wenn auch kein aktives Handeln, doch eine passive Betheiligung der Handlung eines Anderen darin gelegen ist. Vgl. unten.

10) Fr. 4 D. quae in fraudem creditorum etc. (42, 8); fr. 5 eodem.

11) Ein Erkenntniß des OAG. zu Lübeck (Windscheid §. 463 Note 34) hat sogar die Nichtgeltendmachung des beneficium competentiae zu Gunsten der Gläubiger gegenüber einem Schenkungsversprechen als Grund zur actio Pauliana anerkannt.

12) „Ac si facta non essent" fr. 10 §. 22 D. (42, 8).

13) Alle diese Ausführungen passen ebenso für den entgegengesetzten Fall: auch Geschehenes wieder ungeschehen zu machen vermögen weder Menschen noch Götter (vgl. meine Schrift: „Die Form der Rechtsgeschäfte" S. 15), von Sarwey erklärt mit Recht (Kommentar S. (119) 141) die vorgebrachten Gründe für nicht überzeugend. Desgleichen spricht sich Fitting §. 15 Note 11 gegen die Motive aus. Derselbe stellt den Verlust einer Forderung durch Verjährung oder einer Dienstbarkeit durch deren Nichtausübung, soferne solche durch Nachlässigkeit des späteren Gemeinschuldners erfolgte, dem absichtlichen Geschehenlassen des Verlorengehens gegenüber. Ich halte diese Unterscheidung zwar für weit wissenschaftlicher, wie die von mir im Texte versuchte, glaube aber, abgesehen davon, daß sie den Motiven widerspricht, daß bei ihr in der Praxis die Beweisfrage viel zu große Schwierigkeiten machen würde. v. Wilmowski (2. Auflage) S. 146 schließt sich Fitting an, bezeichnet meine Unterscheidung als „weder logisch, noch sprachgebräuchlich" und bemerkt:

Der Unterschied zwischen der Unterlassung und dem bloßen Geschehenlassen wird nun mitunter nicht leicht werden und sicherlich zu vielen Kontroversen führen. So viel steht jedenfalls fest: jene Fälle, in denen das Gesetz das Stillschweigen ausdrücklich als Zustimmung erklärt und also das Nichtthun dem positiven Handeln gleichstellt, sind nicht solche Unterlassungen, welche der Anfechtung entzogen sind. Was die übrigen Fälle betrifft, so erachte ich es am besten, sich an ein äußerliches Moment zu halten; in der Praxis wird es genügen, anzunehmen: dasjenige, was ein andauerndes, längere Zeit hindurch währendes Nichthandeln des Gemeinschuldners in sich schließt, ist ein „Unterlassen" und kann deshalb nicht angefochten werden; dagegen ist eine einmalige passive Betheiligung an der Handlung des Gegners ein bloßes „Geschehenlassen" und daher eine anfechtbare Rechtshandlung. Wenn also z. B. der Gemeinschuldner bereits 29 Jahre lang eine ihm zustehende Klage nicht angestellt hat und nun auch das 30. Jahr vorübergehen läßt, welcher Theil der nutzlos verstrichnen Zeit soll durch eine Anfechtung ex post als unverstrichen erklärt werden? oder wenn ein Gemeinschuldner 29 Tage vor seiner Zahlungseinstellung in erster Instanz einen Prozeß verliert und nun auch am letzten Tage die Appellationsfrist ungenützt verstreichen läßt, soll im Wege der Anfechtung die gesammte Frist oder nur der eine Tag nach der Zahlungseinstellung im Wege der Anfechtung wieder restituirt werden? All dies ist eine „Unterlassung" und der Anfechtung entrückt. Wenn hingegen [14]) der Gemeinschuldner am Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint und nach §. 296 der Civ.-Pr.-O. deshalb das mündliche Vorbringen des Gegners als zugestanden erachtet wird, so liegt hier nicht ein bloßes Unterlassen, sondern eine passive Betheiligung des Gemeinschuldners an der Handlung des Gegners vor, und die Anfechtung ist zulässig. Am deutlichsten wird der Unterschied in folgendem Beispiele: wenn der Gemeinschuldner eine sog. offene Servitut durch fortdauernde Unterlassung ihrer Benützung verloren hat und wenn er eine im Grundbuche eingetragene verliert, weil er die Löschung derselben ohngeachtet der an ihn er-

---

„Niemand nimmt eine Rechtshandlung dadurch vor, daß durch sein unbewußtes Nichtthun objektiv ein Rechtszustand entsteht oder geändert wird. Es muß daher die subjektiv wissentliche Unterlassung hinzutreten, da erst hiedurch ein Thun, eine „passive Betheiligung" durch Genehmigung konstituirt werde." Ob diese Unterscheidung „logischer" ist, als die meinige, will ich dahingestellt sein lassen. Aber „sprachgebräuchlich" ist es gewiß nicht, das „Unterlassen" als etwas Unbewußtes und das „Geschehenlassen" als etwas Bewußtes zu bezeichnen, — eher noch umgekehrt.

14) Diese Beispiele sind aus den Motiven.

gangenen Anfforderung geschehen läßt. Im ersten Falle wird eine Anfechtung ausgeschlossen sein, im zweiten nicht.

Eine besondere Erwähnung verdient die Frage, ob auch die noch unerfüllten zweiseitigen Rechsgeschäfte des §. 15 von der Anfechtung betroffen werden. An sich gewiß; es ist kein rechtlicher Grund vorhanden, weshalb z. B. ein Kauf dann anzufechten sein sollte, wenn der Kaufpreis gezahlt und die Waare übergeben, und auch dann, wenn nur eine der beiden Leistungen geschehen ist; dann aber nicht, wenn beide noch ausstehen. Indessen praktisch stellt sich die Sache anders; in dem letzteren Falle hat der Konkursverwalter ohnehin die Wahl und kann vom Vertrage abgehen, er hat also nicht nöthig, denselben erst anzufechten, er löst ihn auf Grund des §. 15 auf; die Anfechtbarkeit wird zwar noch in Frage kommen können, aber nur als Einwendung gegen eine Schadenersatzforderung. Wenn nun aber der Konkursverwalter die andere Alternative wählt, den Vertrag seinerseits erfüllt und die Erfüllung daraufhin vom Gegenkontrahenten erfolgt, findet dann Anfechtung statt? Prinzipiell ausgeschlossen erachte ich sie auch in diesem Falle nicht[15]); allein es wird wohl die Thatsache, daß der Verwalter Erfüllung verlangte, als ein Moment in das Gewicht fallen, welches die für die Anfechtung als Voraussetzung bestehende „Benachtheiligung der Gläubiger" als nicht vorhanden erscheinen läßt.

b. (vor der Eröffnung des Konkursverfahrens).

Handlungen, welche vor den in §. 100 näher bestimmten Zeitpunkt fallen, können nur unter der in den folgenden Paragraphen enthaltenen Voraussetzung angefochten werden; die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach diesem Zeitpunkte sind nach §. 6 unter allen Umständen den Gläubigern gegenüber nichtig (vgl. oben S. 133 ff.).

c. (vorgenommen sind).

In §. 23 ist dieses Wort durch den Ausdruck: „erfolgt" ersetzt worden, um anzudeuten, daß nicht gerade die Thätigkeit des Gemeinschuldners allein entscheidet. Die gleiche Interpretation ist daher auch hieher zu beziehen, um so mehr da nicht gesagt ist, von wem die Handlungen vorgenommen sein müssen[16]). Auch darf man nicht aus dem Perfektum: „vorgenommen sind" folgern wollen, daß die Rechtshandlung vollendet sein

---

15) Denn um einen Verzicht der Gläubiger auf die Anfechtung zu fingiren, dürfte diese Handlung des Verwalters kaum genügen.

16) Insbesondere sind daher jene Entscheidungen des Berliner Obertribunals (z. B. Sammlung Bd. 38 S. 407—427, Bd. 51 S. 476) nicht mehr anwendbar, in welchen die Anfechtung ausgeschlossen erklärt wird, weil der Schuldner auf die Handlung exequirt war. Vgl. §. 28.

muß. Schon die Anfänge einer solchen können, soferne die Gläubiger dadurch benachtheiligt sind, unter den übrigen Voraussetzungen angefochten werden[17]).

d. (den Konkursgläubigern gegenüber).

Es kehrt hier der in §. 6 und §. 7 der KO. gebrauchte Ausdruck wieder und kann deshalb auf die Ausführung oben S. 139 und 153 verwiesen werden.

Auch hier also sind z. B. Absonderungsberechtigte nur insoweit, als sie sich für ihren Ausfall im Konkurse gemeldet haben, unter denjenigen Personen inbegriffen, für welche der Verwalter die Anfechtung geltend machen kann. Für ihr Absonderungsrecht als solches müssen sie selbst und zwar auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 die Anfechtung versuchen.

e. (unwirksam).

Während die von dem Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Rechtshandlungen in §. 6 für nichtig erklärt sind, bezeichnet der vorstehende Paragraph die der Anfechtung unterliegenden als „unwirksam[18])“.

In ihrer Anwendung für die Praxis stellen sich indessen beide Arten gleich; beide sind nicht allgemein, sondern nur bestimmten Personen (den Konkursgläubigern) gegenüber unwirksam, sie werden nicht an und für sich,

---

17) Ebenso v. Wilmowski S. 146.

18) Die Motive geben sich große Mühe, diesen Unterschied hervorzuheben und zu erläutern; er wäre deutlicher erkennbar, wenn in §. 6 die Rechtshandlungen für nichtig an sich erklärt wären (vgl. Windscheid; Pandekten I §. 82; Puchta, Pandekten §. 67), allein da diese Nichtigkeit nur einem bestimmten Kreise von Personen gegenüber zugelassen wird und sie überdies nicht an und für sich „eintritt“, sondern vom Willen dritter Personen abhängt und vom Konkursverwalter „geltend gemacht“ werden muß, erscheint auch die fragliche sog. relative Nichtigkeit eben nur als eine „Anfechtbarkeit“. Dabei erkenne ich allerdings vollständig die Richtigkeit der von v. Sarwey (Kommentar S. 124) mit gewohntem Scharfsinne versuchten Motivirung an, daß die erste Klasse von Handlungen keine Wirksamkeit äußert, weil dem Handelnden überhaupt keine Verfügungsbefugniß mehr zusteht, die zweite, weil ihm keine Befugniß zusteht, seine Gläubiger zu verkürzen. Allein diese Benachtheiligung der Gläubiger wird in §. 25 formell nicht als Voraussetzung erwähnt und materiell ist doch wohl auch in den Fällen des §. 6 diese Benachtheiligung die Ursache der Nichtigkeit; bei vortheilhaften Handlungen des Gemeinschuldners wird eben die Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden. Vgl. übrigens jetzt noch die bereits oben (S. 144) zitirten Ausführungen bei Schultze S. 24 ff.

sondern nur durch eine Handlung des Konkursverwalters — Geltendmachung der Nichtigkeit, Anfechtung, — ihrer Wirksamkeit beraubt und, was die Hauptsache ist, auch die Anfechtung greift rückwärts und die angefochtene Rechtshandlung wird nicht etwa erst durch die Anfechtung und also von da an unwirksam, sondern sie verliert ihre Wirksamkeit vom Anfang an[19]).

f. (nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen).

Eigentlich sollte es im Gesetze heißen: „nur nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen.“ Bei der Berathung[20]) wurde nämlich angeregt, ob neben den in §. 23 ff. aufgezählten Anfechtungsgründen auch die etwaigen noch weiter gehenden Bestimmungen der einzelnen Landesgesetzgebungen in Kraft blieben. Von Seite der Regierungsvertreter wurde diese Frage verneint. „Alle im Konkurse in Bezug auf Anfechtung von Handlungen auszuübenden Rechte“ — äußerte Reg.-Rath Hagens — „wolle das Gesetz regeln; weder der Verwalter noch ein einzelner Konkursgläubiger könne in dieser Hinsicht andere Rechte geltend machen, als diejenigen, welche ihm die Konkursordnung in den folgenden Paragraphen gewähre[21]). Wegen Anfechtungen außerhalb des Konkurses dagegen verbleibe es beim bürgerlichen Rechte.“

Daraus ergeben sich die nachstehenden Folgesätze:

I. Sollten im betreffenden bürgerlichen Rechte andere Voraussetzungen

---

19) Von Sarwey S. 125 (149) findet einen wesentlichen praktischen Unterschied darin, daß bei bloß anfechtbaren Handlungen — eben weil diese bis zur Unwirksamkeitserklärung wirksam waren — Rechte Dritter, wenn sie in gutem Glauben gewesen und nicht Universalsuccessoren sind, geschützt werden müssen, die nichtige Handlung aber ohne Unterschied, ob der Dritte in gutem Glauben sich befindet oder nicht, auch für diesen unwirksam ist. Allein ich kann nicht zugeben, daß die letzte Folgerung für alle dem §. 6 angehörige Handlungen richtig sei und daß (wie v. Sarwey a. a. O. in der Note behauptet) in den von mir (oben S. 145) aufgeführten Fällen das Recht des Dritten ohne jede Beziehung auf die Handlung des Gemeinschuldners zu Recht bestehe. Ich kann auch in dem §. 33 keinen so unbedingten Schutz der Rechte Dritter finden, ganz abgesehen davon, daß, wenn die „Wirksamkeit“ strenge genommen würde, es auf guten oder bösen Glauben nicht ankommen könnte.

20) K. Prt. S. 20.

21) Man muß sich indessen hüten hier das Wort „Konkurs“ mit „Konkursverfahren“ zu verwechseln. Nur darauf kommt es an, ob sich derjenige, dessen Rechtshandlung angefochten werden soll, in Konkurs befindet, dagegen kann nicht verlangt werden, daß die Anfechtung während des Konkursverfahrens zu Ende gebracht werde. Auch das ist nicht entscheidend, ob der Anspruch, gegen welchen die Anfechtung geht, ein im Konkurse zu liquidirender ist, oder nicht (wie z. B. Aussonderungsrechte u. s. w.).

für die Anfechtungsklage bestehen, als die Konkursordnung enthält, so ist der Verwalter bei Erhebung seiner Klage hieran nicht gebunden.

II. Umgekehrt kann ein Gläubiger außerhalb des Konkurses sich zur Begründung seiner Anfechtungsklage auf die Bestimmungen der Konkursordnung nicht berufen.

III. Ebensowenig kann sich der Konkursverwalter zur Begründung einer Anfechtungsklage gegen Rechtshandlungen eines im Konkurse befindlichen Schuldners auf etwaige günstigere Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes stützen oder mit einer anderen weniger strengen Voraussetzungen unterworfenen subsidiären Klage die Anfechtung betreiben[22]).

IV. Dagegen stehen auch einer außerhalb des Konkurses erhobenen Anfechtungsklage die gegenüber dem bürgerlichen Rechte etwa ungünstigeren Vorschriften der Konkursordnung nicht entgegen.

g. (angefochten werden).

I. „Die Gläubiger haben das Recht, die Verfügung des Gemeinschuldners in ihrem Erfolge anzufechten. Durch das an sich gültige Rechtsgeschäft ist von dem Gemeinschuldner ein Werthobjekt, eine Sache oder ein Recht aus seinem Vermögen aufgegeben worden, entweder ist es thatsächlich schon fortgegeben oder er ist rechtlich verpflichtet, solches zu thun — er hat dando, solvendo, obligando, liberando u. s. w. veräußert. Diese Veräußerung ist den Gläubigern gegenüber wirkungslos, sie steht ihren Ansprüchen nicht gegenüber. Das ist der Inhalt des Anfechtungsrechtes, und der Zweck und die Wirkung desselben liegt darin: das vom Gemeinschuldner aufgegebene Objekt als noch zur Konkursmasse gehörig zu betrachten und ihr zurückzuführen.“ (Mot.) Diesen Zweck zu erreichen, muß die gesetzlich anerkannte Wirksamkeit auch geltend gemacht werden[23]); es kann die Geltend-

---

22) Ein Erk. des RG. vom 12. Juli 1882 (Entscheid. Bd. IX S. 146) sagt in dieser Hinsicht bezüglich der actio doli: „Bei der Verfolgung eines dolus, welcher durch eine alienatio in fraudem creditorum begangen sein soll, war schon im RR. neben der actio Pauliana kein Raum für die allgemeine actio doli. Jedenfalls aber kann das neuere Gesetz nur dahin verstanden werden, daß lediglich unter den von ihm normirten näheren Voraussetzungen und Schranken die Anfechtung gestattet werden soll.

23) Nach Gemeinem Rechte wird die actio Pauliana theils als eine eigene auf Rescission des Rechtsgeschäftes gerichtete Klage, theils als utilis actio aus dem veräußerten Rechte selbst, theils als eine Art in integrum restitutio angesehen.

machung nur durch den Konkursverwalter (vgl. §. 29 lit. a) geschehen, aber sowohl im Wege der Klage, als mittelst einer Einrede (vgl. §. 29 lit. b). Inwieweit dem einzelnen Gläubiger diese Einrede im Prüfungstermine auch zusteht, vgl. unten.

II. Neben der Anfechtbarkeit „nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen" besteht natürlich die Anfechtbarkeit aus allgemeinen Rechtsgründen fort. Ein simulirtes Geschäft, ein Vertrag, welcher ohne Beobachtung der gesetzlichen Formen eingegangen ist, und mit ähnlichen Mängeln oder Fehlern behaftete Kontrakte können unbeschränkt und ohne daß die Gläubiger z. B. durch den Verwalter vertreten sein müssen oder aber in den §§. 23 u. 24 vorgesehenen Momente nachzuweisen haben, angefochten werden.[24])

---

§. 23.

Anfechtbarkeit wegen Konkursmäßigkeit des Handelnden.

Anfechtbar sind [a]):

1) die nach der Zahlungseinstellstng [b]) oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens [c]) von dem Gemeinschuldner eingegangenen [d]) Rechtsgeschäfte [e]), durch deren Eingehung die Konkursgläubiger [f]) benachtheiligt werden [g]), wenn dem anderen Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war [h]); sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen [i]), welche einem Konkursgläubiger [k]) Sicherung oder Befriedigung gewähren [l]), wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war;

2) die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage [m]) erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren [n]), die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit [o]) zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist [p]), daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung, noch der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Ge=

---

24) Vgl. die Erkenntnisse des Berliner Obertribunals vom 15. April 1862 und 19. Dezember 1869 in den Entsch. Bd. 47 S. 389 und Bd. 54 S. 1. Striethorst Bd. 45 S. 192 u. Bd. 57 S. 183.

meinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.

I. E. §. 28, 29; II. E. §. 23; H. G. E. Art. 755; P. K.-O. §. 100; B. P.-O. Art. 1222—1225.

a. (anfechtbar sind).

Der §. 23 behandelt die Fälle der Anfechtbarkeit, in welchen es sich nicht um eine Art von Betrug handelt, bei welchen es überhaupt auf die Absicht der Kontrahenten nicht ankommt, sondern in welchen der Anfechtung ein selbstständiger, lediglich aus dem Konkursverhältniß entnommener Grund unterliegt. Dieser Anfechtungsgrund ist ein neuer, dem Gemeinen Rechte und fast allen bisherigen Gesetzgebungen fremder. Den Bestimmungen des §. 23 liegt nämlich der Gedanke zu Grunde, daß — von Einzelheiten abgesehen — alle bei einer klar erkennbaren und vom Gegenkontrahenten auch erkannten Zahlungsunfähigkeit des kontrahirenden späteren Gemeinschuldners vorgenommenen Rechtshandlungen (sofern sie den Gläubigern Nachtheil bringen) anfechtbar sein sollen [1]). Der kontrahirende spätere Gemeinschuldner mag vielleicht nicht daran gedacht haben, seine Gläubiger beschädigen zu wollen, der Gegenkontrahent mag vielleicht das Bewußtsein, sich einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen, nicht gehabt haben, allein nachdem durch die perfekt gewordene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sein gesammtes zu dieser Zeit vorhandene Vermögen ein zur Befriedigung des Konkursanspruches dienendes Objekt geworden ist, über welches ihm eine Verfügung von Rechtswegen nicht mehr zusteht, so ist jede Rechtshandlung über dieses Objekt von Seiten des Schuldners eine unbefugte und von Seiten des Gegenkontrahenten eine pflichtwidrige, wenn er das durch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eingetretene veränderte Verhältniß kannte [2]). Ziffer 1 des §. 23 enthält die Fälle der Anfechtung der gewöhn-

1) Aeußerung des R.-Rathes Hagens K. Prt. S. 20.

2) Man streitet, ob der innere Grund dieses Anfechtungsrechtes (nach §. 23) die Verletzung des Konkursanspruches der Gläubiger (Motive S. 102 ff. u. 117 ff., Dernburg, Privatrecht Bd. II S. 312) oder die Unredlichkeit des Kontrahenten sei (Fitting §. 16 Note 16; Otto, Anfechtung S. 118; v. Wilmowski S. 154). Ich glaube nach obiger Darlegung beides in Verbindung. Die Rechtshandlung unterliegt der Anfechtung, weil sie den Konkursanspruch der Gläubiger schädigt, aber sie kann nicht angefochten werden, wenn der Gegenkontrahent von diesem Konkursanspruch Nichts wußte. Nur darf man (wie bereits bemerkt) nicht verlangen, daß auf Seite des Gemeinschuldners oder auf jener des Gegenkontrahenten oder auf beiden Seiten ein dolus nachgewiesen werde, um das Anfechtungsrecht für begründet erachten zu können. „Die Ansicht, daß die Anfechtungsklage als Deliktsklage

lichen Rechtsgeschäfte und Erfüllungshandlungen, während Ziffer 2 die Anfechtung außergewöhnlicher Begünstigungen einzelner Konkursgläubiger behandelt [3]).

Voraussetzung der Anfechtung nach §. 23 ist also die Konkursmäßigkeit des Handelnden zur Zeit des Geschäftes oder der Handlung, welche angefochten werden wollen. Unter Konkursmäßigkeit versteht aber das Gesetz nicht die faktisch existirende Ueberschuldung, oder auch nur den Zustand der Zahlungsunfähigkeit als solchen und an und für sich, sondern eine äußerlich zur sichtbaren Erscheinung gekommene Ueberschuldung, eine an den Tag gelegte Zahlungsunfähigkeit. Der Umstand allein, daß die Summe aller Passiva des Handelnden die Summe seiner Aktiva übersteigt, begründet noch keine Befugniß zur Anfechtung der Handlung; es muß noch eine äußere Kundgebung dieses inneren Vermögenszustandes dazu kommen, die sichtbar und allgemein erkennbar ist. Eine solche findet das Gesetz nur in zwei Thatsachen; nur diese sind als diejenigen erklärt, in denen die Ueberschuldung als Konkursmäßigkeit zur äußern Erscheinung kommt. Vor Allem die Thatsache, daß die Eröffnung des Konkurses bei Gericht beantragt wird, und außerdem die Zahlungseinstellung. Ist keines dieser beiden Momente vorliegend, so findet auf Grund der Ueberschuldung oder Zahlungsunfähigkeit allein eine Anfechtung nicht statt [4]).

---

auf Seite des Schuldners hinsichtlich der von ihm vorgenommenen Veräußerung einen wahren und wirklichen dolus voraussetze, welcher „als das bewußte Wollen einer rechtswidrigen That" vor Allem das Bewußtsein des Schuldners erfordere, daß in der vorgenommenen Handlung eine privatrechtlich verbotene Verkürzung seiner Gläubiger enthalten sei, ist rechtsirrthümlich", sagt das RG. in seinem Erk. v. 24. April 1883 (Entscheid. Bd. IX S. 73 ff.). Mandry S. 518 Note 16 bemerkt zwar, es bestehe kein Rechtsgrund, welcher den Dritten verpflichte, auf die ordnungsgemäße Befriedigung der Gläubiger seines Gegenkontrahenten (des Schuldners) Bedacht zu nehmen. Allein sobald er weiß, daß durch die eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners der Konkursanspruch begründet ist, muß er auch wissen, daß der Schuldner diesem entgegenzuhandeln nicht mehr befugt erscheint, und wenn er auch nicht die Absicht hat, die Gläubiger zu benachtheiligen, er benachtheiligt sie eben faktisch und er kontrahirt mit Bewußtsein mit einem Unbefugten. Darin liegt die Anfechtbarkeit seiner Handlung.

3) Die Aenderungen, welche der Entwurf in der Kommission erhielt, sind zwar scheinbar redaktioneller Natur, indessen sollte dadurch konstatirt werden, daß unter den §. 23 auch die durch Vermittlung des Gerichtes vollstreckte Sicherung und Befriedigung falle; ein Vorschlag, die Reihenfolge der Anfechtungsgründe umzustellen, wurde nicht angenommen.

4) Anerkannt in dem Erk. des RG. v. 23. Nov. 1880 in Blum Annalen Bd. III S. 90. Der bloße Entschluß des Schuldners, seine Zahlungen ein-

Zu Ziffer 1. Erste Kopulative.

b. (die nach der Zahlungseinstellung).

Die Zahlungseinstellung ist (wie soeben erwähnt) die in die äußere Erscheinung getretene Thatsache der Ueberschuldung, die direkte Aeußerung der Zahlungsunfähigkeit (Motive zu §. 94); sie setzt demnach ein mit Bestimmtheit wahrnehmbares Verhalten des Schuldners voraus[5]); und ebendeshalb tritt dieselbe, ebenso wie der Eröffnungsantrag, in einem bestimmten Augenblicke ein und ist ein auch der Zeit nach beweisbares äußeres Faktum. Das Nachher läßt sich also nach Augenblicken fixiren[6]). Indessen wird die Bestimmung des §. 6 Abs. 3 der KO. wohl auch auf diese Fälle Anwendung finden und demnach die Vermuthung Platz greifen, daß Geschäfte und Rechtshandlungen, welche am Tage der Zahlungseinstellung und des Eröffnungsantrages erfolgt sind, als nach der Zahlungseinstellung und bezw. dem Antrage vorgenommen vermuthet werden[7]).

c. (Anträge auf Eröffnung des Verfahrens).

Von wem der Antrag ausgegangen ist, ob (vgl. §. 95 Abs. 2) von dem Gemeinschuldner selbst oder von einem Gläubiger, macht hier keinen Unterschied. Als kritischer Zeitpunkt ist natürlich der Moment der erfolgten Einreichung des schriftlichen Antrages oder der Protokollirung des mündlich gestellten anzusehen; hätte also z. B. der Gemeinschuldner zur Zeit, als er das der Anfechtung unterzogene Geschäft abschloß, den Antrag zwar zu Hause bereits geschrieben gehabt, aber noch nicht in den Einlauf des Gerichtes gegeben, so käme nicht §. 23 zur Anwendung, sondern es müßte die Anfechtung anderweitig begründet werden[8]).

d. (von dem Gemeinschuldner eingegangen).

Es bedarf kaum der Erwähnung, daß auch hier der Fall einer Stellvertretung[9]) des Gemeinschuldners mitbegriffen ist, und zwar kommt es

zustellen, kommt daher nicht in Betracht. Vgl. das Erk. des Münchner Obersten Gerichtshofes v. 23. Dezember 1881 in der Sammlung der Entscheid. (Verlag von Palm u. Enke) Bd. IX S. 436.

5) Das Nähere ist hierüber bei §. 94 zu erläutern.

6) Was bei der Zahlungsunfähigkeit als solcher nicht wohl möglich ist.

7) Schon ein Erk. des Berl. Obertribunals (Striethorst Bd. 34 S. 236) v. 15. Sept. 1859 sagt: „daß das Rechtsgeschäft nicht nach, sondern an dem Tage der Zahlungseinstellung abgeschlossen ist, steht der Anfechtung nicht entgegen".

8) Noch weniger kommt es, wie bereits in Note 4 erwähnt ist, auf den innerlichen oder auch mündlich geäußerten Entschluß zur Antragstellung an.

9) Wo eine Stellvertretung nicht vorliegt, ist natürlich die Sache anders gelagert. So spricht ein Erk. des Berliner Obertribunals vom 17. Dezember 1868 (Striethorst Bd. 73 S. 185) mit Recht aus, daß nach Eröffnung des

auf das Wissen des Vertreters von der Ueberschuldung durchaus nicht an. Wenn z. B. der Agent Anton im Namen und Auftrag des Bankiers Bauer am 4. Juli ohne Ahnung davon, daß Bauer bereits am 3. Juli gerichtlich seine Insolvenz angezeigt hat, dem Wechsler Canini 100 Stück Kreditaktien verkaufte, so kommt es hinsichtlich der Anfechtbarkeit dieses Geschäftes nur darauf an, ob Canini den Zustand des Bauer gekannt habe; ist dies der Fall, so ist es irrelevant, daß der statt des Verkäufers handelnde Agent Anton seinen Mandanten Bauer für zahlungsfähig gehalten hat[10]).

e. (Rechtsgeschäfte).

I. Das Gesetz will mit diesem Ausdrucke hier nicht dasselbe bezeichnen, was im zweiten Titel mit diesem Worte bezeichnet ist[11]), nämlich nicht blos die zweiseitigen Verträge, in denen Leistung und Gegenleistung sich bedingen[12]), sondern alle Verträge, welche der Gemeinschuldner abgeschlossen hat, im Gegensatze zu den bloßen Leistungen[13]), welche nicht als Eingehung, sondern Erfüllung des Vertrages sich darstellen. Einseitige Verfügungen des Gemeinschuldners, da durch sie Vermögen ohne sichtbares Entgelt aufgegeben oder belastet wird, werden sogar ganz besonders von dem §. 23 Ziff. 1 getroffen werden, denn sie sind an sich schon den Gläubigern nachtheilig. Wenn A nach der Zahlungseinstellung dem B ein Pferd verkauft, so kommt es auf den dafür bezahlten Preis an, ob das Geschäft der Anfechtung unterliegt; bei einem sehr hohen, den wahren Werth übersteigenden Preis ist der Konkursanspruch nicht geschädigt. Wenn aber A für Wiederbringung seines Jagdhundes eine Prämie von 100 Mark aussetzt, so bedarf es keines Nachweises, daß dieses Geschäft für die Gläubiger nachtheilig ist[14]). Darlehensgeschäfte können nach beiden Richtungen hieher gehören; wenn der Gemeinschuldner unter sehr günstigen Bedingungen ein

---

Konkurses über das gütergemeinschaftliche Vermögen des Ehemannes eine Anfechtungsklage auf Handlungen der Ehefrau nicht gegründet werden kann.

10) Vgl. übrigens auch §. 24 lit. b.

11) Ausgeführt in dem Erk. des ROHG. v. 16. Mai 1871 in den Entscheid. Bd. II S. 303. Vgl. auch oben S. 212 Note 1.

12) Der Vergleich wird hierunter ebenfalls zu rechnen sein. Vgl. auch Fitting §. 16 Note 17.

13) Dieser Gegensatz ist aus dem I. E. §. 28 zu ersehen.

14) Mit Recht macht v. Sarwey S. (130) 155 aufmerksam, daß aleatorische Verträge, Spiel und Wette, unbedingt — soferne ein Gewinn noch nicht gemacht ist — angefochten werden können, „denn in dem Abschlusse des Geschäftes liegt die Möglichkeit des Verlustes, und auch dies ist ein Nachtheil".

Darlehen gegeben[15]) und ebenso wenn er eines unter sehr lästigen Bedingungen erhalten hat. Desgleichen Bürgschaftsübernahmen und Pfandbestellungen. Rechtsgeschäfte über Grundstücke sind nicht ausgeschlossen (vgl. unten Nr. II). Ebenso sind unter Umständen auch unerfüllte Verträge anfechtbar. Wenn mit dem Anfechtungsrechte die nach §§. 17 u. 18 der KO. dem Verwalter zustehende Befugniß konkurrirt, wird der Verwalter das den Interessen der Gläubiger mehr entsprechende Mittel wählen[16]).

II. Eines der wichtigsten einseitigen Geschäfte ist die Wechselausstellung; diese fällt nach meiner Ansicht[17]) ganz vorzüglich unter die vor-

15) Auch wenn er es einem unsicheren Schuldner gegeben; nur wird da die Anfechtung nicht mehr viel nützen, denn bis dahin wird das Geld verduftet sein.

16) Stieglitz S. 134, v. Wilmowski S. 156.

17) Ich befinde mich hierin leider mit v. Sarwey S. (121) 143 in Widerspruch; derselbe geht hinsichtlich der Beziehung des Wechsels zur Anfechtung von dem allgemeinen Grundsatze aus, daß „eine wechselrechtliche Verpflichtung als solche und für sich allein kein Urtheil darüber zulasse, ob sie die Gläubiger benachtheilige oder nicht; diese Frage lasse sich nur aus dem der Wechselverpflichtung unterliegenden Rechtsverhältnisse beurtheilen". Stieglitz S. 134, Wengler S. 189 und v. Wilmowski S. 155 treten v. Sarwey bei und bemerken gegen mich, nicht das Niederschreiben eines Wechselaccepts sei ein Rechtsgeschäft oder eine Rechtshandlung, sondern der Akt, durch welchen das Geschriebene einem Andern zur Benützung überlassen wird. Hieran ist richtig, daß das Schreiben als physischer Akt der „Federbewegung durch die Hand" allerdings kein Rechtsgeschäft ist, aber der Wille, welcher sich in diesem physischen Akte manifestirt, ist der Verpflichtungsgrund. Wenn Wächter (Encyklopädie des Wechselrechtes S. 568 Nr. 10) vorbringt, meine Argumentation müsse unerörtert bleiben, weil sie sich gegen den Art. 82 der WO. richte, also gegen die lex lata verstoße, so kann ich dies nicht zugeben. Gerade umgekehrt, weil der Art. 82 der WO. von einem „unterliegenden Rechtsverhältnisse" kein Wort sagt, weil er nur Einreden aus dem Wechselrechte und unmittelbar gegen den Kläger begründete Einwendungen zuläßt, ist meine Ansicht gerechtfertigt. Es hat überhaupt der soeben erwähnte Ausdruck im Wechselrechte (nach meiner unmaßgeblichen Meinung) großen Schaden angerichtet. Wenn man nicht immer von „einem der Wechselverpflichtung unterliegenden Rechtsverhältnisse" spräche, so würde die ganze große Kontroversensammlung über Art. 82 d. A. D. WO. kaum entstanden sein. Die Wechselverpflichtung beruht auf dem Willen des Wechselausstellers, Acceptanten, Indossanten, sonst auf Nichts; irgend ein anderes Rechtsverhältniß kann der äußere Anlaß sein, daß durch den Willen des Ausstellers, Acceptanten, Indossanten eine Wechselverpflichtung entsteht, aber diese Verpflichtung hat rechtlich und gesetzlich mit dem fraglichen Rechtsverhältniß gar nichts zu schaffen. Ich schreibe vielleicht auf den Wechsel des

stehende Gesetzesbestimmung. Wenn A seine Insolvenz bei Gericht angezeigt hat und nachdem es dies gethan, stellt er dem B, der dieses Sachverhältniß kennt, einen Wechsel auf 10,000 Mark aus, so werden gewiß die Konkursgläubiger volles Recht haben, dem B diesen Wechselanspruch zu bestreiten[18]); es braucht nicht untersucht zu werden, ob A dem B vielleicht 10,000 Mark irgendwie schuldig war; es genügt, um die Anfechtung zu begründen, die Uebernahme der Wechselverpflichtung als solche, da hierin immer, abgesehen von allem Uebrigen, zu einer Zeit, wo Zahlungseinstellung vorlag, eine Benachtheiligung der Gläubiger vorliegt, und wenn die Zahlungseinstellung dem anderen Theile bekannt war[19]), so handelte er gegen den Konkursanspruch, indem er sich den Wechsel ausstellen ließ. Bei der Wechselbegebung (durch Indossament) wird es auf das dafür gegebene Entgelt ankommen; denn im Verkehrsleben ist der Wechsel wie eine andere Waare[20]),

---

A deshalb: „Acceptirt", weil ich von A Waaren gekauft habe, aber ich muß den Wechsel nicht zahlen, weil ich dadurch meine Schuld gedeckt habe, sondern einzig und allein deshalb, weil ich geschrieben habe: „acceptirt". Ich müßte ebensogut zahlen, wenn ich aus irgend einem anderen Grunde jenes Wort geschrieben hätte. Darum kann man zwar excipiren, daß die Handlung des Schreibens betrügerisch, gewaltsam oder gezwungen geschah, allein aus dem dem Wechsel unterliegenden Rechtsverhältnisse sollten absolut keine Einreden zugelassen werden; das Rückforderungsrecht im gewöhnlichen Verfahren bleibt natürlich vorbehalten. (Wo technische Beisitzer in einem Gerichte zum Worte kamen, war es auch nie der Fall; leider fehlten solche im Oberhandelsgericht.) Ebendeshalb kann es auch für die Anfechtung des Wechsels nicht darauf ankommen, wie das Rechtsverhältniß beschaffen ist, aus dessen Anlaß etwa der Gemeinschuldner denselben ausgestellt hat; die Beschaffenheit dieses Rechtsverhältnisses kommt in Frage, wenn es selbst angefochten werden soll, das Wechselgeschäft aber muß aus sich und nur aus sich beurtheilt werden.

18) Man würde sogar in solchen Fällen §. 24 Ziff. 1 anwenden können.

19) Diesem bleiben seine etwaigen sonstigen Rechte natürlich vorbehalten; würde ein Versprechen des A vorliegen, einen Wechsel auszustellen, so würde die zweite Alternative des §. 23 Ziff. 1 anwendbar sein.

20) Eine sehr interessante und praktisch wichtige Anwendung hievon macht das Erk. des Obersten Gerichtshofes in München v. 18. Nov. 1882 (Palm u. Enke'sche Sammlung Bd. IX S. 751). L und F waren seit Jahren in Geschäftsverbindung in der Weise, daß L für die Fakturenbeträge Wechsel an eigene Ordre auf seine Kunden zog, diese Tratten aber sofort von F diskontirt wurden. F hatte nun, nachdem L den Antrag auf Konkurseröffnung bereits gestellt, die vorher diskontirten Wechsel weiter begeben und eingezogen und es wurde gegen ihn die Forderung auf Herausgabe der eingegangenen Beträge zur Masse erhoben. Der Oberste Gerichtshof wies diese Klage zurück, da es sich hier um einen bereits vollständig vor der Konkurseröffnung er-

und was die Frage der Anfechtung gegen den in dritter Hand befindlichen Wechsel betrifft, so richtet sich diese nach §. 33 Ziff. 1 der KO.

III. Da das Gesetz keinerlei Arten von Rechtsgeschäften ausnimmt, so erstreckt sich die Anfechtung auch auf Verfügungen über Grundstücke[21]). Hat das Gericht nach §. 98 der KO. bereits eine Dispositionsbeschränkung im Grund- oder Hypothekenbuche einschreiben lassen, so bedarf es keines Nachweises dafür, daß die Konkursmäßigkeit des Verfügenden dem Gegenkontrahenten bekannt war. War dies nicht der Fall, so könnte man glauben, das Vertrauen auf das öffentliche Buch müsse den Gegenkontrahenten schützen; allein wenn derselbe die Zahlungseinstellung oder den Antrag auf Konkurseröffnung kannte, so war er in bösem Glauben, und das Vertrauen auf das öffentliche Buch schützt immer nur den „gutgläubigen" Dritten[22]).

IV. Ueber den Fall der negativen Handlung ist schon oben gesprochen worden. Quittung, Erlaß und sonstige liberatorische Verträge fallen natürlich als „Rechtsgeschäfte" unter die Ziff. 1 des §. 23 (1. Kopulative), Verzichte und Entsagungen nur dann, wenn sie sich als Geschäfte darstellen. Hienach beurtheilt sich die Frage, wann die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Legates der Anfechtung unterliegt. Setzen wir folgenden Fall: Der Gutsbesitzer A und der Major B sind als nächste Verwandte zur Erbschaft ihres am 1. Juli verstorbenen Onkels C berufen. Am 2. Juli ist A gezwungen, die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen zu beantragen. Wenn nun am 4. Juli bei der Verlassenschaftsverhandlung A die ihm deferirte Erbschaft ausschlägt, werden die Gläubiger nicht wohl Etwas machen können. Wenn aber A mit seinem Vetter B übereinkommt, er, A, werde auf die Erbschaft zu seinen, des B Gunsten verzichten, wenn sich B verpflichte, ihm eine lebenslängliche Rente von jährlich x Mark zu bezahlen, so wird dieses „Geschäft" wohl nach dem ersten Satze des §. 23 Ziff. 1 zu beurtheilen sein[23]).

---

füllten Vertrag handle und dieser nicht angefochten sei. Würde nun F verhindert, die Valuta einzuziehen, ohne daß demselben die von ihm diskontirte Summe zurückerstattet wurde, so hätte die Masse gleichzeitig Waaren und Preis, und dies widerspräche dem Rechte. Darin allein, daß F die gekauften Wechsel einzog, obwohl er wußte, daß der Konkurs über den Remittenten ausgebrochen sei, liegt keine anfechtbare Handlung, soferne die Wechseldiskontirung selbst nicht anfechtbar war.

21) Motive S. 218. Vgl. noch Fitting §. 16 Note 17.

22) Der Rechtsnachfolger des Gegenkontrahenten unterliegt der Anfechtung nur nach §. 33.

23) Freilich nützen wird die Anfechtung nichts — im Gegentheile; denn so haben die Gläubiger doch die Rente als Angriffsmittel; da aber die Antretung der

Eine Rechtshandlung kann nun aber, wenn sie auch an sich als „Geschäft" nicht zu erachten ist, doch vermögensrechtliche Folgen haben. Wie verhält es sich dann? Z. B. nach manchem Rechte[24]) steht dem Vater an dem Vermögen des Kindes die Nutznießung zu, so lange er die väterliche Gewalt über dasselbe hat. Daß er auf diesen Nießbrauch zum Nachtheile seiner Gläubiger nicht einfach verzichten kann, ist klar. Wie nun aber, wenn er sein Kind emancipirt? Die Emancipation als solche ist sicherlich nach §. 23 nicht anfechtbar; wird sie es dadurch, daß in Folge derselben der Nießbrauch aufhört? Nach meiner Ansicht nicht, da Familienrechte vom Konkurse nicht berührt werden.

f. (die Konkursgläubiger).

Dieser Ausdruck kam ohne eigentliche Abstimmung in das Gesetz; im Entwurfe[25]) stand an dieser Stelle das Wort: „Gläubiger" und nur im zweiten Satze: „Konkursgläubiger". Bei der Berathung (in erster Lesung[26]) wurde der Antrag, auch im zweiten Satze statt „Konkursgläubiger" zu sagen: „Gläubiger" abgelehnt und mit Recht. (Vgl. unten die Erläuterung zu lit. k). Bei der zweiten Lesung[27]) wurde nun zu §. 23 konstatirt, „daß in den gedruckten Beschlüssen der Redaktionskommission mehrere Druckfehler untergelaufen seien", und darauf die jetzige Fassung ohne Debatte als „die richtige" adoptirt. Es läßt sich also nicht ersehen, weshalb der Entwurf geändert wurde. Folge der Aenderung aber ist, daß nun lediglich die rein persönlichen Gläubiger, die nach §. 2 der KO. an der Masse einen Anspruch haben, sich des §. 23 Ziff. 1 (erster Satz) bedienen können. Wenn demnach z. B. A, nachdem er den Antrag auf Konkurseröffnung gestellt hat, dem B, welchem dies bekannt ist, sein gesammtes Mobiliar um einen Spottpreis verkauft, könnte zwar der Wechselgläubiger C auf Grund des §. 23 Nr. 1 diesen Verkauf anfechten, nicht aber der Vermiether D, weil dieser ein „Absonderungsberechtigter" ist[28]). Allein indem D auf diese Weise sein besonderes Deckungsmittel verliert, tritt er nun mit seiner Miethzinsforderung in den Kreis der gewöhnlichen Konkursgläubiger ein, als solcher hat er aber das Anfechtungsrecht; bringt er nun mit demselben durch, so lebt sein Absonderungsrecht wieder auf. Vielleicht wäre es richtiger gewesen, das Wort „Gläubiger" stehen zu lassen.

Erbschaft durch den Schuldner von ihnen nicht erzwungen werden kann, so gewinnen sie nichts, wenn sie die Ausschlagung auch rückgängig machen.

24) Bayer. LR. Th. I Kap. V §. 3 ff.

25) Im I. E. ganz allgemein: „Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners".

26) K. Prt. S. 21.

27) K. Prt. S. 149.

28) Ich abstrahire hier von der Frage, ob nicht dessen Retentionsrecht auch dem B gegenüber Platz greift.

g. (benachtheiligt werden).

Die Benachtheiligung der Konkursgläubiger ist bereits oben (S. 302) als allgemeine Voraussetzung des Anfechtungsrechts bezeichnet.

Nicht jedes Rechtsgeschäft, welches zu der in §. 23 bezeichneten Zeit geschlossen wird, ist anfechtbar; „ein Rechtsgeschäft" — sagen die Motive —, „welches keinerlei Betrug und keinerlei Freigebigkeit enthält, verletzt den zu Tage getretenen Konkursanspruch der Gläubiger nicht schon dadurch, daß es nach Eintritt des letzteren vorgenommen ist, vielmehr nur dann, wenn es an sich den Stand der Masse beeinträchtigt. Der Kontrahent des Gemeinschuldners, welcher dessen Lage für sich ausbeutet, begeht eine Unredlichkeit gegen die Gläubiger; nicht aber, wer ein völlig angemessenes Entgelt gibt, wer mit dem an sich noch verfügungsfähigen Gemeinschuldner kontrahirt, ohne dessen Vermögen zu verringern." Es ist deshalb im Gesetze gesagt: „durch deren Eingehung", nicht: „durch welche"; ferner ist das Präsens: „benachtheiligt werden" gewählt; beides, um anzuzeigen, daß das Geschäft an sich schon bei der Eingehung ein für den Gemeinschuldner nachtheiliges gewesen sein muß; nur hierauf, nicht auf den Erfolg kommt es an[29]). Wenn das Geschäft bei der Eingehung ein redliches war, so ist der Gegenkontrahent nicht dafür verantwortlich, daß nachträglich[30]) dasselbe (z. B. durch zufällige Verschlechterungen, Sinken der Preise, Fahrlässigkeiten, Böswilligkeiten des Gemeinschuldners u. s. w.) zu einem für die Masse nachtheiligen sich gestaltet[31]).

Der Nachweis, daß das Rechtsgeschäft als solches zur Zeit der Vor-

---

29) Bei der Berathung (vgl. K. Prt. S. 21) wurden verschiedene Redaktionen vorgeschlagen, um diesen Gedanken recht deutlich zu machen, daß es nämlich nicht darauf ankomme, ob der schließliche Erfolg des Geschäftes ein nachtheiliger gewesen sei, sondern nur darauf, daß das Rechtsgeschäft zur Zeit des „Abschlusses" (dieses Wort war in I. Lesung beschlossen) für den Gläubiger nachtheilig gewesen sein müsse.

30) Mandry S. 519. Anders im Falle des §. 24 Ziff. 1 der KO. Vgl. unten die Erl. zu diesem Paragraphen lit. d.

31) Ich fürchte, diese Bestimmung wird in der Praxis viele Unzukömmlichkeiten veranlassen, denn die Gegenkontrahenten werden stets behaupten, das Geschäft sei an sich nicht nachtheilig gewesen; als legislative Gründe für die getroffene Norm geben die Motive an: daß andernfalls jeder Kontrahent der Ausbeutung durch den Konkursverwalter ausgesetzt wäre, und Niemand bei vollster Uneigennützigkeit einem wankenden Geschäftsfreunde oder Verwandten helfen könnte. (Es hat sich seither denn auch gezeigt, daß die überwiegende Mehrzahl der Präjudizien des Reichsgerichts über die Konkursordnung die Materie über die Anfechtung betreffen.)

nahme das Vermögen des Schuldners verringert, dessen Zahlungsfähigkeit vermindert hat[32]), obliegt dem anfechtenden Konkursverwalter; die Verringerung kann in der Höhe oder in der Art des Entgeltes liegen[33]) und das Ermessen des Richters wird hier mit einiger Strenge verfahren dürfen[34]). Denn was unter anderen Umständen noch als „Risiko" erscheint, wird in dem hier supponirten Falle, daß der eine Kontrahent bereits die Zahlungen eingestellt oder gar schon den Konkurs beantragt hat und der Gegenkontrahent dieses weiß, sich häufig schon als etwas Mehr denn kaufmännisches Risiko darstellen.

h. (bekannt war).

I. Das Gesetz verlangt nur, daß dem Gegenkontrahenten die Zahlungseinstellung bez. Konkurseröffnung, nicht auch, daß ihm die Benachtheiligung der Konkursgläubiger bekannt gewesen sein müsse; dagegen genügt es nicht, wenn der Gegenkontrahent zwar die Ueberschuldung seines Kontrahenten kannte, jedoch von einer Zahlungseinstellung oder einem Eröffnungsantrag nichts wußte[35]). Ferner wird gefordert, daß derselbe die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag schon zur Zeit der Eingehung des Geschäftes gekannt habe. Mala

---

32) Ich bediene mich absichtlich dieses doppelten Ausdruckes; das Vermögen seinem reellen Werthe nach mag nicht verringert sein, wenn aber die Möglichkeit der prompten Verwendbarkeit desselben verringert, das heißt die Zahlungsfähigkeit gemindert wird, so liegt eben in der Verzögerung der Befriedigung der Nachtheil für die Gläubiger. Vgl. die folgende Note.

33) Nach einem Erkenntnisse des RG. v. 10. Febr. 1880 (welches in den Beiträgen von Rassow und Küntzel Bd. 24 S. 1066 abgedruckt ist) ist auch eine bloße Verzögerung der Befriedigung als Benachtheiligung anzusehen. Zeitweise Entziehung des Exekutionsobjektes steht in der rechtlichen Wirkung für die Anfechtungsbefugniß der Konkursgläubiger der gänzlichen Entziehung gleich.

34) Ich bezweifle nicht, daß, nachdem eine jede „Benachtheiligung" die „Entstehung eines Schadens" in sich schließt, für den Beweis nach §. 23 und 24 der KO. der §. 260 der Civ.PO. maßgebend ist, und das Gericht daher „unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung" zu entscheiden hat. (Vgl. Hellmann, Kommentar zu §. 260.)

35) Erk. des Berliner Obertribunals in Striethorst Bd. 38 S. 423 und Bd. 74 S. 110. Dagegen wird der Anfechtungsbeklagte, wenn er z. B. den Arrestantrag, wodurch er das angefochtene Absonderungsrecht erlangt hatte, damit selbst motivirte, daß der Schuldner, ohne für sein Geschäft Sorge zu tragen, flüchtig gegangen sei, hinterher sich auf Unkenntniß über die Zahlungseinstellung allerdings nicht berufen können. Vgl. die Erkenntnisse des RG. in Bd. IV S. 435 u. Bd. VI S. 367 und des Oberlandesgerichtes in Jena in Busch Zeitschrift für Civilprozeß Bd. VII S. 118.

fides superveniens begründet demnach nicht die Anfechtungsklage, und hier wird die oben erwähnte Auslegung des Wortes „Rechtsgeschäft" von Bedeutung. Gesetzt folgenden Fall: A verkauft am 1. Juli, obwohl er am 30. Juni bereits den Antrag auf Konkurseröffnung gestellt hatte, dem B, der davon Nichts wußte, 100 Stück Kreditaktien und zwar 5% unter dem Kurs[36]), B zahlt den Preis sofort, läßt aber (weil er gerade keine Zeit hat sie mitzunehmen) die Papiere noch in den Händen des B. Am 2. Juli erfährt B den Eröffnungsantrag und holt sofort die Aktien ab. Da nun nach Gemeinem Rechte die traditio ein Rechtsgeschäft ist, so würde die Ablieferung der Kreditaktien ein Rechtsgeschäft bilden, welches zu einer Zeit stattfindet, zu welcher der andere Theil die Konkursmäßigkeit des Uebergebenden bereits kannte, und daher anfechtbar sein. Nach dem §. 23 aber fällt diese Uebergabe nicht unter den Begriff „Eingehung eines Rechtsgeschäftes" und wäre daher nicht der Anfechtung unterworfen[37]).

II. Was die Fälle betrifft, in denen ein Bevollmächtigter in Mitte tritt, so werden dieselben Grundsätze zu gelten haben, wie sie oben (S. 160) zu §. 7 der KO. erörtert sind. Die Kenntniß des Bevollmächtigten ist daher genügend[38]), die Anfechtung zu begründen; dagegen schließt sein Nichtkennen die Anfechtung dann nicht aus, wenn der Vollmachtgeber Kenntniß hatte. In den Fällen, in welchen eine gerichtliche Vermittlung in Frage steht, genügt die Kenntniß des Anwaltes oder Prozeßbevollmächtigten[39]).

Zu Ziffer 1. Zweite Kopulative.

i. (sowie die Rechtshandlungen).

Die Voraussetzung der Anfechtung der Zeit nach ist für die Fälle der zweiten Kopulative des §. 23 Ziff. 1 dieselbe wie oben erörtert wurde:

---

36) Wollen wir beispielshalber annehmen, es ist an diesem 1. Juli großer Feiertag, alle Komptoire geschlossen, und A behauptet, er könne, wenn er baar Geld habe, einen brillanten Kauf machen, so daß B die Sache bona fide eingehen kann.

37) Ich setze hier natürlich ein Civilrecht voraus, nach welchem durch die obigen Thatsachen bereits am 1. Juli das Eigenthum der Kreditaktien auf B übergegangen ist. War dies nicht der Fall, so war B am 2. Juli nur Forderungsberechtigter aus dem Kaufvertrage und daher die Ablieferung eine „Leistung an einen Konkursgläubiger", folglich auf Grund der zweiten Kopulative in §. 23 Ziff. 1 anfechtbar.

38) Erk. des ROHG. v. 18. Juni 1872 (Entscheid. Bd. VI S. 407).

39) Erk. des RG. v. 17. März 1882 Bd. VII S. 37. Wegen Geschäftsabschlusses durch Prokuristen vgl. Erk. des RG. v. 16. September 1882 (Entscheid. Bd. IX S. 148 und die Erk. des ROHG. in Bd. V S. 295, Bd. VI S. 131, Bd. VII S. 403, Bd. IX S. 429, Bd. XIX S. 334).

Zahlungseinstellung oder Eröffnungsantrag. Doch bezeichnet dieselbe nicht wie die erste die der Anfechtung unterliegenden Akte mit dem Worte „Rechtsgeschäfte", sondern gebraucht den schon in §. 6 vorkommenden Ausdruck: Rechtshandlungen. Im Allgemeinen sind hierunter (wie bei jenem Paragraphen erörtert wurde) alle Handlungen zu verstehen, durch welche Rechtsverhältnisse begründet, verändert oder aufgehoben werden können. Da es sich aber in dieser zweiten Kopulative nur um den Fall der Sicherung oder Befriedigung eines Gläubigers handelt, so werden hier zumeist nur „Leistungen" im engeren Sinne (dare, solvere, tradere) in Betracht kommen.

Wer als Subjekt der Rechtshandlungen gedacht werden soll, ist in der jetzigen Fassung des Gesetzes nicht ausgedrückt. Der erste Entwurf enthielt folgende Beisätze: „alle Leistungen des Gemeinschuldners an einen Konkursgläubiger, auch wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung geschehen sind, sowie alle Leistungen, welche ein Schuldner an ihn auf eine von den Wirkungen des Konkursverfahrens nicht ausgeschlossene Verbindlichkeit ohne Zwangsvollstreckung vorgenommen hat". Im zweiten Entwurfe blieb der Fall der Zahlung des Schuldners an den Gemeinschuldner weg, und in den Motiven (S. 121) wird ausdrücklich erklärt, daß solche Leistungen des Schuldners — unbeschadet der vollen Anfechtbarkeit betrüglicher Kollusionen — nicht unter §. 23 fallen sollen[40]. Sonach muß das Wort „Rechtshandlung" an diesem Orte einschränkend interpretirt werden, denn der Gemeinschuldner nimmt, indem er empfängt, erhebt, fordert, einzieht, jedenfalls eine „Rechtshandlung" vor, diese Rechtshandlungen aber sind nicht anfechtbar. Aber auch die im zweiten Entwurfe gestandenen Worte „von ihm[41])" wurden bei der Berathung (K. Prt. S. 21) beseitigt, „weil unter den §. 23 auch diejenige Sicherung und Befriedigung fallen solle, welche der Gemeinschuldner nicht selbst vorgenommen habe, sondern welche durch Ver-

---

40) Die Motive begründen dies folgendermaßen: „Wenn schon der dritte Kontrahent, soferne er eine der Leistung des Gemeinschuldners entsprechende Gegenleistung macht, von der Anfechtung befreit ist, so kann der Schuldner des Gemeinschuldners, der baar und voll zahlt, der Anfechtung gewiß nicht ausgesetzt sein; denn er ist in einer noch ungünstigeren Lage als der Dritte, der aus freien Stücken mit dem Gemeinschuldner kontrahirt. — Warum sollte er genöthigt sein, den Wechsel gegen sich protestiren zu lassen, sich falschen Gerüchten über seine Zahlungsunfähigkeit auszusetzen u. s. w."

41) Die Fassung lautete: „sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag von ihm an einen Konkursgläubiger vorgenommenen Leistungen".

mittlung des Gerichts vollstreckt würden[42])". Diese Bestimmung soll aber nicht etwa den Gemeinschuldner gegen die Exekution als solche schützen. Er selbst muß und er kann auch ohne jeden Nachtheil dem richterlichen Befehle folgen, nur der Gläubiger kann nicht mehr rite annehmen. Allerdings muß auch dem Schuldner eine Einrede gewährt werden; er muß berechtigt sein, der Klage und eventuell dem Vollzug der Vollstreckung die Erklärung entgegenzusetzen, „er habe seine Zahlungen eingestellt, er habe den Antrag auf Konkurseröffnung eingereicht". Indessen wird diese Einrede den Beklagten doch nur von der Zahlung an die Person des Klägers, nicht von der Zahlung überhaupt befreien können; denn sonst würde ja nicht, wie in §. 11 der KO. ausgesprochen ist, die Sistirung aller Spezialexekutionen erst mit der Konkurseröffnung eintreten, sondern jeder Schuldner in der Lage sein, sich jederzeit durch eine (wenn auch unbegründete) Insolvenzerklärung Ruhe vor der Exekution zu schaffen und sich seine Gläubiger vom Halse zu halten. Nicht die Leistung als solche erscheint als anfechtbar, sondern nur die Leistung an einen Gläubiger, quum jam par conditio omnium creditorum facta est. (Vgl. die Erläuterung zu lit. l.) Es muß also der Gemeinschuldner so lange der Zwangsvollstreckung unterliegen, bis das Gericht entweder den Konkurs förmlich eröffnet (§. 100) oder wenigstens das allgemeine Veräußerungsverbot erläßt (§. 98). Nur unterliegt das Absonderungsrecht, welches nach dem im §. 23 bezeichneten Zeitpunkte mittelst der im Vollstreckungsverfahren erwirkten Pfändung erworben wird, ebenso der Anfechtung, wie eine vom Gemeinschuldner erzwungene oder freiwillig vorgenommene Zahlung. Es ergibt sich noch die Frage: wie stellt sich die Kombination beider oben erwähnten Aenderungen? Eine Leistung des Schuldners des Gemeinschuldners fällt an sich nicht unter §. 23; wenn nun aber dieser Schuldner an den Gläubiger des Gemeinschuldners leistet, wie dann? Eine solche Rechtshandlung fällt unzweifelhaft unter die Fassung des Paragraphen; sie ist anfechtbar und zwar — wenn der annehmende Gläubiger die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag kannte — auch dann, wenn der zahlende Schuldner die Vermögenslage des Gemeinschuldners nicht kannte[43]).

---

42) Es war nöthig, dies besonders hervorzuheben, weil auf Grund des in §. 100 der Pr. KO. enthaltenen Ausdruckes „alle Zahlungen des Gemeinschuldners" das Berliner Obertribunal die im Zwangswege erwirkten Zahlungen für giltig erklärte. Im Sinne obiger Ausführungen entschied das RG. unter dem 2. Juni 1880 (Entscheid. Bd. II S. 374 u. Blum Annalen Bd. II S. 199).

43) Ich halte die Entscheidung nicht für bestreitbar; man könnte nur etwa deshalb zweifeln, weil, wie oben bemerkt, die Aenderung des Entwurfes lediglich damit motivirt wurde, daß auch eine durch das Gericht im Wege der Zwangs-

k. (einem Konkursgläubiger).

Zur Zeit, in welcher die Rechtshandlung erfolgt, deren Anfechtung §. 23 Ziff. 1 (zweite Kopulative) statuirt, besteht noch kein Konkurs, eigentlich ist also derjenige, welchem Sicherung oder Befriedigung gewährt wird, noch kein „Konkursgläubiger". Wenn demohngeachtet das Wort hier steht[44]), so läßt sich dies rechtfertigen, weil die Anfechtung nur eintreten kann, falls ein Konkurs eröffnet wird, und erst dann, wann er eröffnet ist. Es wurde aber der Ausdruck besonders deshalb gewählt, weil man dadurch bezeichnen wollte, daß diese (und die in Ziff. 2 getroffene) Bestimmung sich nicht auf absonderungsberechtigte Gläubiger beziehe. Dies ist von Wichtigkeit; der Gemeinschuldner ist demnach berechtigt, auch nach erfolgter Zahlungseinstellung oder nach eingereichtem Eröffnungsantrag einem der im fünften Titel näher bezeichneten Gläubiger sein Guthaben ganz oder theilweise zu bezahlen oder zu sichern. Allein natürlich nur soweit derselbe Absonderungsberechtigter ist.

Vor Allem demnach 1) nicht für eine Schuld, für welche das Absonderungsrecht überhaupt nicht besteht. Wenn also z. B. der Kaufmann Ameyer seine Zahlungen am 1. Juli eingestellt hat und dies dem Spediteur Bemeyer bekannt ist, so kann ersterer doch, ohne daß hiewegen ein Anfechtungsrecht begründet ist, Fracht und Spesen für die bei Bemeyer lagernde Waare bezahlen; denn hiefür hat letzterer ein Absonderungsrecht (§. 41 Nr. 8 der KO. u. Art. 382 des A. D. HGB.). Wenn aber Bemeyer außerdem noch einen von Ameyer acceptirten Wechsel in Händen hat, so kann Ameyer denselben nicht zahlen, ohne daß diese Zahlung der Anfechtung unterliegt

Ferner aber auch 2) für die Schuld, für welche das Absonderungsrecht besteht, nur soweit als dieses Absonderungsrecht reicht. Wenn also der Kaufmann Ameyer, der seit 1. Januar 1880 den Laden im Hause des Bemeyer um jährlich 2000 Mark gemiethet und bisher den Miethzins nicht bezahlt hatte, am 1. Juli 1881 Antrag auf Konkurseröffnung stellt, so kann er nicht unbeschränkt und unbedingt blos deshalb, weil Bemeyer im Allgemeinen das Absonderungsrecht des §. 41 Nr. 4 hat, mit Hintansetzung der übrigen Gläubiger demselben die rückständigen 4000 Mark zahlen. Denn Bemeyer hat ein Absonderungsrecht nur in Ansehung der eingebrachten Sachen;

---

vollstreckung erfolgte Sicherung getroffen werden solle. Allein wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners statt dessen an einen Dritten zahlt, liegt nur eine Stellvertretung vor, und was Jemand durch einen Vertreter thut, thut er ja eigentlich selbst.

44) Die bei der Berathung (K. Prt. S. 21) beantragte Modifikation wurde abgelehnt.

nur soweit, als deren Werth reicht, ist er also für sein Miethzinsguthaben nicht „Konkursgläubiger"; soweit dieses Guthaben durch den Werth der eingebrachten Sachen nicht gedeckt ist, muß er das Zinsguthaben als einfache Konkursforderung geltend machen, und wenn diese bezahlt oder gesichert wird zur Zeit, als der Gläubiger den Eröffnungsantrag bereits kannte, so unterliegt die Zahlung der Anfechtung nach §. 23 Ziff. 1 [45]).

3) Endlich bezieht sich natürlich die Ausnahme nicht auf Einräumung des Absonderungsrechtes als solchen. Wenn also z. B. der Lieutenant Baron Adolph dem Gastwirthe Flasche nach und nach 500 Mark schuldig wurde, am 1. Juli 1880 wird von Seite anderer Gläubiger die Eröffnung des Konkurses über Baron Adolph beantragt, der Wirth Flasche, der dies hört, erwirkt am 2. Juli, daß ihm sein Schuldner ein Reitpferd in seinen Stall stellen läßt, so ist das nach §. 41 Nr. 5 nunmehr an und für sich dem Flasche an dem Pferde zustehende Absonderungsrecht allerdings von Seite der übrigen Gläubiger auf Grund des §. 23 anfechtbar.

1. (Sicherung oder Befriedigung gewähren).

I. Da es zum richtigen Verständnisse der ganzen Bestimmung nothwendig ist, den Gedankengang des Gesetzes vollkommen aufzufassen, erscheint es nicht überflüssig, hier die Motive (zum II. E. S. 119) wörtlich wiederzugeben.

„Der Schuldner, welcher einem Gläubiger nur dasjenige leistet, wozu er dem Gegenstande und der Zeit nach von Rechtswegen verpflichtet ist, begeht eine Rechtsverletzung gegen die übrigen Gläubiger nicht schon darum, weil er die Leistung mit Rücksicht auf seine schlechte Vermögenslage und zur Begünstigung des Empfängers vornimmt. Noch weniger macht sich der Gläubiger, welcher nicht mehr erhält, als worauf er ein Zwangsrecht hat, durch Annahme dessen einer Rechtsverletzung oder einer Theilnahme an einer solchen schuldig, wenn er auch weiß, daß der Schuldner in so schlechter Vermögenslage sich befindet, daß nicht alle anderen Gläubiger gleich ihm befriedigt werden könnten, und daß in Folge seiner Befriedigung die übrigen Gläubiger eine Einbuße erleiden müssen. Man kann ihm nicht zumuthen, auf die Aus-

45) Ich verkenne keineswegs die unendlichen praktischen Schwierigkeiten dieser Aufstellung, allein der Fehler liegt meines Erachtens in der prinzipiellen Ausscheidung der Absonderungsberechtigten aus der Reihe der Konkursgläubiger und darin, daß man Angesichts der K. Prt. S. 21 den §. 23 nicht wohl auf die absonderungsberechtigten Gläubiger beziehen kann. Mit mir stimmen Stieglitz S. 137 u. v. Wilmowski S. 158 überein. Fitting dagegen ist S. 150 Note 18 der Ansicht, der Umstand, daß die Forderung des Gläubigers durch ein Absonderungsrecht gesichert ist, könne im Hinblicke auf §. 2 u. §. 57 der KO. keinen Unterschied machen.

übung seines wohlbegründeten Rechtes zu verzichten und großmüthig sich einem Verlust zu unterwerfen, damit nicht Andere einen größeren Verlust erleiden möchten. Sibi vigilavit (fr. 6 §. 7 D. 42, 8). Den wachsamen Gläubigern darf der Lohn ihrer Sorgfalt nicht entrissen werden. Anders verhält es sich, wenn schon bei der Leistung und deren Annahme der Anspruch der übrigen Gläubiger auf gleichmäßige und gemeinschaftliche Vertheilung des ganzen Vermögens bestand, quum jam par conditio omnium creditorum facta est. Dies gleiche Recht aller Konkursgläubiger kann aber nicht erst durch die zufällig früher oder später nachfolgende Konkurseröffnung, sondern es muß schon durch die sie bewirkenden Rechtsverhältnisse und deren Erkennbarmachung durch die Thatsache des Antrages auf Konkurseröffnung oder der Zahlungseinstellung begründet werden."

Sonach kann also jeder Gläubiger, auch wenn er weiß, daß der Schuldner insolvent ist, daß er am Bankerott steht, „daß er es nicht mehr lang treiben kann," durch Mahnen, Drängen, außergerichtlich oder mit gerichtlicher Hülfe sich Bezahlung oder Deckung verschaffen; hierin allein liegt noch keine anfechtbare Handlung. Von dem Momente an aber, in welchem ihm bekannt wird, daß sich sein Schuldner (wie man sagt) „gelegt" hat, daß er seine Zahlungen eingestellt hat oder Antrag auf Konkurseröffnung bereits erfolgt ist, muß er sich beruhigen, er muß sich mit den übrigen Gläubigern in das Vermögen theilen, er kann für sich nicht mehr allein vorgehen [46]).

II. Unter „Befriedigung" ist nur die Tilgung der Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes zu verstehen [47]), bei Geldschulden also die Zahlung der geschuldeten Summe. Hingabe an Zahlungsstatt enthält dagegen eine Befriedigung, welche der Gläubiger in dieser Art nicht verlangen konnte, und ist ihre Anfechtung daher schon unter der in Ziffer 2 [48]) enthaltenen Voraussetzung zulässig. Unter Ziffer 1 fällt es hinwiederum, wenn ein Gläubiger nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage die Veräußerung eines Vollstreckungspfandes erwirkt hat. [49]) Denn

---

46) Vgl. auch die in Note 10 S. 275 citirten Erkenntnisse.

47) Wegen Aufrechnung vgl. Titel VI.

48) Praktisch gewiß mit Recht; denn solche „Ausgleichungen" lassen immer eine Vermuthung dafür aufkommen, daß es nicht ganz sauber herging, und trifft daher nicht ohne Grund die Beweislast den bevorzugten Gläubiger.

49) Wenn die Veräußerung noch nicht stattgefunden hat, sondern das durch die Vollstreckung erlangte Absonderungsrecht angefochten werden soll, fällt diese Anfechtung unter §. 23 Ziff. 2, (nach Erk. des RG. v. 17. März 1882, Entsch. Bd. VII S. 36.) Gegen die weiter gehende Aufstellung des letzteren vgl. die Erörterungen Keßlers in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. VII S. 329 ff.

auf diese Zahlung, wenn auch nicht auf die Sicherung durch ein Absonderungsrecht hatte der Gläubiger kraft seines Obligationsrechtes einen Anspruch; diese Zahlung kann also nur dann angefochten werden, wenn die allgemeine Voraussetzung der Anfechtbarkeit gegeben ist.

Unter „Sicherung" läßt sich in Ziffer 1 im Hinblicke auf die Bestimmung in Ziff. 2 nur eine solche Sicherung verstehen, welche der Gläubiger in Folge eines bereits begründeten Rechtes beanspruchen kann, z. B. die Konstituirung einer bereis versprochenen Hypothek [50]) u. dgl. Wo eine solche vorausgehende Verbindlichkeit des Schuldners zur Sicherstellung nicht besteht, ist diese letztere offenbar Etwas, was er in dieser Art nicht beanspruchen konnte. Im Uebrigen finden die bei §. 12 (oben S. 193 ff.) entwickelten Grundsätze über den Zeitpunkt des Erwerbes der Sicherung durch Hypothek, Pfand oder Retentionsrecht analoge Anwendung. Was die Sicherung durch Bürgschaft [51]) betrifft, so fällt natürlich unter §. 23 der Fall nicht, daß ein Dritter für die Schuld des Gemeinschuldners Bürgschaft leistet; eine solche Sicherung könnte zwar von den Gläubigern des Bürgen, nicht aber von den Gläubigern des Gemeinschuldners angefochten werden. Ferner ist der Natur der Sache nach ausgeschlossen der Fall, daß der Gemeinschuldner für seine Schuld dem eigenen Gläubiger Bürgschaft leisten würde, weil „Niemand sein eigener Bürge sein kann" [52]) (v. Sarwey); es ist demnach nur der Fall denkbar, daß der Gemeinschuldner für die Schuld eines Anderen einem Dritten Bürgschaft leistet. Dies fällt aber unter §. 23 Ziff. 1 erster Satz.

III. Nur die Sicherung selbst übrigens, die Bestellung derselben, darf nicht nach der Zahlungseinstellung, dem Eröffnungsantrag, (oder soweit Ziff. 2 in Frage ist, in den letzten zehn Tagen vor einem dieser beiden) stattgefunden haben. Die Forderung dagegen, für welche eventuell Sicherheit geleistet war, kann allerdings erst nachträglich zur Entstehung gelangen. Wenn also z. B. der Verwalter Adam der Gutsbesitzerswittwe Eva am 1. April 1880 zwei Bayerische Staatsschuldscheine à 1000 Mark als Kaution besorgt hat, am 1. Feb. 1881 stellt Adam Antrag auf Konkurseröffnung und es entdeckt sich, daß er am 29. Juni 1881 der Frau Eva Aepfel im Werthe von 500 Mark defraudirt hat, so bleibt diese Ersatzfrage unanfechtbar durch obige Kaution gesichert. [53])

---

50) Anders, wenn die Hypothek bereits notariell bestellt und nur im Buche nicht überschrieben war, siehe oben S. 194 und auch unten bei lit. n.

51) Ebenso v. Sarwey S. (133). 158.

52) Das „constitutum debiti proprii" ist für das heutige Recht ohne Bedeutung.

53) Reichsoberhandelsgerichtliches Erkenntniß vom 17. Sept. 1874 Samml. Bd. XIV S. 72.

Zu Ziff. 2.

m. (in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungstage).

Die Ziffer 2 des §. 23 behandelt ebenso wie die Ziffer 1 (zweite Kopulative) Rechtshandlungen, durch welche dem Konkurs-Gläubiger Sicherung oder Befriedigung gewährt wird. Der Unterschied zwischen beiden liegt darin, daß in der vorangehenden Gesetzesbestimmung jene Fälle getroffen sind, in denen der Gläubiger an und für sich zu der vom Gemeinschuldner vorgenommenen Leistung berechtigt wäre, wogegen die Ziffer 2 des §. 23 eine Leistung an den Gläubiger voraussetzt, zu der er an sich nicht berechtigt wäre. Während demnach im ersten Falle zwar auch der betreffende Gläubiger subjektiv begünstigt wird, insoweit er vor den übrigen Etwas erhält, wird er in dem anderen Falle materiell begünstigt, weil er etwas erhält, was ihm nicht gebührt. Diese objektiven Begünstigungen müssen strenger behandelt werden, als die bloße subjektive Bevorzugung [54]).

Vor allem zieht also das Gesetz der Gültigkeit solcher Handlungen eine engere zeitliche Gränze; nicht nur was nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage geschehen ist, wird hier als anfechtbar erklärt, sondern bereits zehn Tage rückwärts von dem in §. 23 Ziff. 1 normirten Zeitpunkte an gerechnet beginnt die Anfechtungs-Möglichkeit, und außerdem ist die Beweislast für die Gläubiger günstiger bestimmt (vgl. unten lit. p).

Hinsichtlich der Zahlungseinstellung und des Eröffnungsantrages sind die Erläuterungen oben unter lit. b u. lit. c. zu vergleichen. Was aber die zehntägige Frist vor diesen beiden Momenten betrifft, so ist bei Berechnung derselben nicht nach Stunden zu rechnen; denn es lautet das Gesetz nicht „in den letzten 10 Tagen von der Zahlungseinstellung oder von dem Eröffnungsantrage an [55])" sondern es versteht unter dem entscheidenden Zeitpunkte den einschlägigen Tag dieser Begebnisse (dies civilis — nämlich den Kalendertag von Mitternacht zu Mitternacht). Auch ist der Tag, an welchem die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag erfolgt, nicht mitzurechnen [56]); also wenn der Eröffnungsantrag am 1. Juli eingereicht

54) „Die tägliche Erfahrung lehrt, daß es gerade diese Handlungen sind, welche den Gegenstand der häufigsten und heftigsten Klagen bilden und daß sie zumeist in Formen gekleidet werden, welche es schwierig machen, mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln auszukommen." (Motive.)

55) Erk. des Oberst. Gerichtshofes in München über den analogen Art. 1222 der Bayr. Pr.-O, in der Sammlung von Entscheidungen in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses (Palm und Enke) Bd. III S. 597.

56) Civ.-Pr.-O. §. 199 lautet: „Bei der Berechnung einer Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, an welchem der Zeitpunkt oder das Ereigniß fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll."

wurde, so kann eine Handlung, welche am 21. Juni vorgenommen ist, noch angefochten werden, nicht aber eine solche, die auf den 20. Juni fällt. Der Tag der Konkurseröffnung ist nicht entscheidend: wenn also der Konkurs über A am 1. Juli eröffnet wird, A hat aber seine Zahlungen schon am 24. Juni eingestellt, so läuft die Frist nicht blos bis 21. Juni, sondern bis 14. Juni rückwärts.

n. (Rechtshandlungen, welche einem Konkurs-Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren).

Im Allgemeinen kommen hier dieselben Grundsätze zur Anwendung, welche oben unter lit. i. k. u. l. erörtert sind. Insbesondere fallen auch diejenigen Sicherungen hieher, welche nicht der Gemeinschuldner selbst vornimmt, sondern der Konkursgläubiger durch Vermittlung des Gerichtes erzielt.

o. (nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit.)

Das Gesetz bestimmt hier den innern Grund der Anfechtbarkeit: es ist die mangelnde Berechtigung des Gläubigers, der Umstand, daß ihm Etwas zugewendet wurde, worauf sein Anspruch nicht gegangen ist, wodurch die Rechte der Mitgläubiger verletzt sind. Diese mangelnde Berechtigung kann eine dreifache sein, sie kann überhaupt nicht bestehen, sie kann nicht so bestehen und sie kann noch nicht bestehen.

I. Am einfachsten erledigt sich die letzte Alternative. — „Nicht zu der Zeit" hatte der Gläubiger das ihm Geleistete zu beanspruchen, sobald die Schuld noch nicht fällig oder noch nicht klagbar war. Die Fälligkeit selbst bestimmt sich nach den Grundsätzen des einschlägigen Bürgerlichen Rechts. Die Anfechtung wird nicht ausgeschlossen, wenn auch die Schuld diskontirt wurde;[57]) wenn also z. B. die Wechsler-Bank in Düsseldorf ein auf den Kaufmann A laufendes Accept von 1000 Mark besitzt, das am 1. Januar 1881 fällig ist, sie hat am 1. Juli 1880 von A gegen Gewährung eines 10 % Diskonts Einlösung erwirkt (also 950 Mark erhalten), am 6. Juli 1880 stellt A seine Zahlung ein, so können die übrigen Gläubiger den §. 23 Ziff. 2 gegen die Bank in Anwendung bringen.

Wie ist es, wenn die Fälligkeit zwar nicht bei der Zahlung vorhanden war, aber innerhalb der kritischen Zeit eintritt? Z. B. A hat dem B am 1. Juli 1000 Mark zu zahlen; er stellt am 3. Juli seine Zahlungen ein,

---

Ich stimme mit v. Sarwey (Kommentar S. (136), 161) überein, daß dieser Paragraph hieher analog anzuwenden sei, obwohl der §. 65, welcher die analoge Anwendung der Civilprozeß-Ordnung statuirt, nur vom Konkursverfahren spricht. A. Ansicht v. Wilmowski S. 160.

57) Eine entgegenstehende Bestimmung des Bürgerlichen Rechtes (wie sie z. B. das Sächsische Gesetzbuch enthält) ist als derogirt anzusehen.

der Konkurs wird am 15. Juli erkannt[58]). Am 30. Juni hat B nach vielem Drängen von A die 1000 Mark bekommen. Kann diese Zahlung angefochten werden? Nach dem Wortlaute des Gesetzes ja. Mir scheint aber doch, daß dies zu hart sein wird; wenn B erst am 2. Juli das Geld bekommen hätte, könnte man die Zahlung nicht anfechten, denn dann wäre sie Zahlung einer fälligen Schuld; weshalb sollte also eine noch weiter hinter die Zahlungseinstellung zurückfallende Handlung schlechter gestellt sein[59])?

Wer eine Schuld tilgt, die an eine aufschiebende Bedingung geknüpft war, bevor diese Bedingung eingetreten war, leistet gleichfalls zu einer Zeit, zu welcher der Gläubiger noch nicht zu beanspruchen hatte.

War die Zeit noch nicht gekommen, so kann auch eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Gemeinschuldner, die in die kritische Zeit fällt[60]), sie nicht herbeiführen. Z. B. A hat von B einen am 1. Juli fälligen Wechsel in Händen. Am 11. Juni wird zwischen beiden vereinbart, der Wechsel solle gegen 20% Diskont 14 Tage vor Verfall bezahlt werden[61]), und B bezahlt auch richtig am 15. Juni. Wenn nun am 20. Juni B seine Zahlungen einstellt, so können die Gläubiger die Tilgung des Wechsels als „vor der Zeit erfolgt" anfechten[62]).

II. Eine ungerechtfertigte Verbesserung der Lage des Gläubigers gegenüber seinen Mitgläubigern und damit die Anfechtbarkeit des treffenden Vorganges tritt ein, sobald seine Forderung in anderer Art gesichert oder befriedigt wurde, als er beanspruchen konnte. Die Befriedigung erfolgt in „anderer Art", wenn der Schuldner eine nicht als Objekt der Verbindlichkeit vereinbarte Leistung macht.

A. Der Hauptfall ist die Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt, selbst-

---

58) Wenn die Schuld erst zu einer Zeit fällig wird, wo der Konkurs formell schon erkannt ist, wird die Anfechtung jedenfalls begründet sein.

59) Einzelne Gesetzgebungen (z. B. Bremen, Lübeck) schlossen die Anfechtung dann aus, wenn die Fälligkeit zwar noch nicht eingetreten war, aber noch vor der Konkurseröffnung eingetreten sein würde. Nach den Motiven (zum II. E. S. 126) ist anzunehmen, daß auch eine solche Zahlung unter §. 23 Ziff. 2 fällt.

60) Wäre irgendwo gesetzlich bestimmt (oder wäre solches von Anfang an vereinbart gewesen), daß die Zahlungseinstellung jede Schuld sofort fällig macht, so würde §. 23 Ziff. 2 nicht einschlagen.

61) Im Falle einer Prolongation gilt der prolongirte Termin auch dann, wenn die Prolongation innerhalb der kritischen Zeit erfolgt wäre; z. B. also wenn im obigen Beispiele der Wechsel ursprünglich auf 15. Juni gelautet hätte und an diesem Tage erst auf 1. Juli prolongirt worden wäre.

62) Das heißt, sie fechten eben die am 11. Juni, also innerhalb 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung erfolgte Rechtshandlung, welche in der Vereinbarung einer früheren Fälligkeit liegt, an.

verständlich nur dann, wenn die gegebenen Sachen rechtlich als Leistung anderer Art erscheinen. Dies kann nicht angenommen werden, wenn statt baaren Geldes die allgemein als Geld behandelten Werthe: Reichskassenscheine, Reichsbankkarten, andere kursfähige Banknoten u. dgl. gegeben werde.[63]) Ob die Anfechtbarkeit einer datio in solutum dadurch ausgeschlossen wird, daß der Gläubiger ein Absonderungsrecht besitzt, ist zweifelhaft.

B. Auch das schlägt „aus der Art", wenn der Gläubiger statt Befriedigung Sicherung, statt Sicherung Befriedigung erhält. Letzteres ist klar, denn hier liegt offenbar ein erhaltenes Mehr vor. Dagegen im ersten Falle könnte man sagen: wer volle Befriedigung verlangen kann, kann doch auch das Geringere, die bloße Sicherung verlangen. Allein dies ist nicht richtig, die Sicherung ist keineswegs ein minus, sondern da sie im Wege der Absonderung schließlich eine bevorzugte Befriedigung erzielt,[64]) so ist sie eine „anderartige" Tilgung der Verbindlichkeit, und zwar deshalb, weil in dem Rechte des Gläubigers auf Befriedigung das Recht auf Sicherung nicht an und für sich enthalten ist.[65])

C. Eine andere Art der Sicherung ist es, wenn der Gläubiger einen Hypothekentitel besitzt und (z. B. weil dieser in Folge Sperre des Hypothekenbuches nicht mehr realisirt werden kann) der Schuldner ihm Staatspapiere als Kaution in Depot gibt und Aehnliches.[66])

D. Bei alternativen Obligationen ist entscheidend, wem das Wahlrecht

---

63) Nicht zu übersehen ist, daß solche Transaktionen nur der Anfechtbarkeit nach §. 23 Ziff. 2, nicht aber der Anfechtung nach Ziff. 1 entzogen sind. Zahlung mittelst anderer Werthpapiere (Staatsobligationen, Aktien u. dgl.) zum Kurswerth, obwohl im Verkehre allgemein als „Zahlung schlechthin" angesehen, enthält immer einen Verkauf unter Aufrechnung des Kaufpreises gegen die Schuld und unterliegt daher allerdings der Anfechtung nach §. 23 Ziff 2. Der Bankier sieht nun allerdings auch fremdes Geld als „Waare" an und „kauft" und „verkauft" diese Sorten. Dennoch glaube ich, daß der Gläubiger, welchem z. B. am sechsten Tage vor der Zahlungseinstellung des Schuldners von diesem eine fällige Schuld von 1650 Mark mit 100 Napoleons gezahlt wurde, nicht unter Ziff. 2 des §. 23 fällt. (Vgl. die trefflichen Erörterungen Endemanns im Kommentar zur Civ.-PO. Bd. I S. 412 und v. Koch in Buschs Zeitschrift für Civilprozeß Bd. III S. 363 ff.) Auch v. Wilmowski und Levy Kommentar zur Civ.-PO. (2te Auflage) S. 134 lassen ausländisches Geld als „baares Geld" fungiren.

64) Das Erk. des RG. v. 8. Juni 1883 (Entsch. Bd. IX S. 100) erklärt die ohne Gegenleistung einem Gläubiger bewilligte vollstreckbare Urkunde über die ihm zustehende Forderung für anfechtbar.

65) Erk. des RG. v. 17. März 1882 (Entscheid. Bd. VII S. 37).

66) Vgl. das Erk. des RG. v. 1. November 1881 in Blums Annalen Bd. IV S. 468.

zusteht. Hinsichtlich der Fixirung des Objektes der Leistung kommt es daher auf die Zeit derselben an.[67])

E. Ein wichtiger und im Leben häufig vorkommender Fall einer „anderen Art" von Befriedigung[68]) liegt dann vor, wenn durch eine Rechtshandlung dem Gläubiger eine kompensable Gegenforderung geschaffen wird.[69]) An sich fällt ein Geschäft, durch welches der spätere Gemeinschuldner etwas erwirbt, nicht unter den Wortlaut des Gesetzes. Betrachtet man indessen den Zweck des Gesetzes, welcher dahin geht, jede Verkümmerung des gleichen Rechtes aller Gläubiger auf verhältnißmäßige Befriedigung aus der Masse zu beseitigen, so ist die Folgerung gerechtfertigt, daß es bei Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über das Anfechtungsrecht nicht auf die Form ankommt, in welche die anzufechtende Rechtshandlung eingekleidet ist, sondern nur darauf, ob dieselbe ihrem Wesen nach und nach der erkannten Absicht der Parteien eine Verkümmerung des Konkursanspruches bewirkt.[70])

Wenn daher auch nach §. 48 der KO. die Aufrechnung als solche nicht ausgeschlossen wäre, so kann doch das Geschäft, wodurch die Möglichkeit der Anfechtung gewährt wird, als solches der Anfechtung unterliegen und es unterliegt derselben, weil die Thatsachen, wie sie soeben dargelegt wurden. vollständig die Voraussetzungen des Anfechtungsrechtes erschöpfen.

III. Schwieriger ist zu erklären, was sich das Gesetz denkt unter: „Befriedigung, welche der Gläubiger überhaupt nicht zu beanspruchen hatte." Denn wenn Jemand eine Befriedigung überhaupt nicht beanspruchen kann, ist er eben kein Gläubiger. Man könnte allenfalls an nicht klagbare Forderungen denken, an Ansprüche, denen ein exceptio perpetua entgegensteht u. s. w. Allein wenn der Gemeinschuldner solche Zahlungen macht, so stellen sich diese wohl als „unentgeltliche Zuwendungen" dar und sind ganz allgemein nach §. 25 Ziff. 1 anfechtbar. Ich glaube daher, das Wort „nicht" bezieht sich

---

67) Ebenso natürlich bei einer Abänderung hinsichtlich des Wahlrechtes durch Vertrag.

68) Man könnte auch diese Manipulation als die Gewährung einer an sich nicht zu beanspruchenden Sicherung auffassen und unter die Fälle der Nr. IV subsumiren.

69) Hieher gehört der so oft vorkommende Fall, daß der Besteller, welcher eine vom späteren Gemeinschuldner ihm zugesandte Waare zur Disposition gestellt hat, diese, nachdem er die Zahlungseinstellung des Absenders inne geworden, ohne Rücksicht auf die mangelhafte Beschaffenheit zum Fakturapreis behalten zu wollen erklärt, aber den Kaufpreis mit einer von ihm an den Absender geschuldeten Summe kompensirt.

70) Vgl. die Erkenntnisse des ROHG. vom 23. Mai 1873 in den Entscheid. Bd. X S. 211 und des Berliner Obertribunals vom 17. April 1863 und 6. Jan. 1870 in Striethorst Bd. 49 S. 161 und Bd. 77 S. 148.

nur auf „Sicherungen", und will jene Fälle treffen, in denen dem Gläubiger vom Gemeinschuldner ein Absonderungsrecht eingeräumt wird, ohne daß hiezu eine rechtliche Verpflichtung besteht.

Der Unterschied von §. 23 Ziff. 1 (zweite Kopulative) ist deutlich; hatte Gläubiger die Sicherung bereits vor der Zahlungseinstellung (oder dem Eröffnungsantrage) erworben, war also die Rechtshandlung, welche diese Sicherung gewährt, bereits erfolgt, so findet eine Anfechtung überhaupt nicht statt[71]). Hatte der Gläubiger zwar Anspruch auf Sicherung (z. B. einen Hypothektitel, eine schriftliche Pfandbestellung u. s. w.), aber es war diese Sicherung noch nicht wirklich erfolgt, so kann sie, wenn sie nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag in Vollzug gesetzt worden ist (z. B. die Hypothek errichtet, die Gegenstände des Pfandes übergeben wurden), angefochten werden, wobei der Anfechtende den Beweis der mala fides zu liefern hat[72]). Hatte endlich der Gläubiger überhaupt keinen Anspruch auf Sicherung, so kann jede darauf zielende Handlung, die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage oder auch innerhalb zehn Tagen vorher erfolgte, angefochten werden, und derjenige, der die Sicherung erlangte, kann sich nur durch Nachweis der bona fides schützen.

Hieraus ergibt sich leicht die Entscheidung von zwei in den Motiven besonders erwähnten Fällen. „Hatte der Gläubiger schon vor Beginn des kritischen Zeitraums eine richterliche oder vertragsmäßige Hypothek giltig[73]) erworben (es ist aber damals deren Eintragung zufällig unterblieben), so ist die innerhalb der 10 Tage erfolgende Eintragung nicht nach §. 23 Ziff. 2

---

71) Die Sicherstellung ist durch die Konstituirung der Hypothek, durch Uebergabe der Pfandobjekte u. s. w. gewährt, die bloße Einschreibung der Notariatsurkunde im Buch, die Transportirung der Objekte in ein anderes Lokal und derartige Handlungen können bis zur Sperre des Buches und bis zur Konkurseröffnung nachfolgen.

72) Also nur nach §. 23 Ziff 1, nicht Ziff. 2. Ein Erk. des Berl. Obertribunals v. 21. Dec. 1860 (Striethorst Bd. 40 S. 112) sagt: „Die Anfechtbarkeit einer innerhalb 10 Tagen von dem Antrag auf Konkurseröffnung erfolgten Pfand- und Hypothekbestellung findet überall da nicht statt, wo der Gläubiger ein Recht auf Bestellung der Hypothek bereits erworben hatte und der Schuldner nur im Gefolge der für ihn bestehenden Verpflichtung die Hypothek eingeräumt hat."

73) Nicht aber dann, wenn z. B. eine Hypothek blos mündlich oder schriftlich, aber in nicht klagbarer Form versprochen war. Die Entscheidung des Berliner Obertrib. vom 10. April 1862 (Striethorst Bd. 45 S. 185) und des Reichsoberh.-Ger. v. 13. Februar 1872 und 22. Oktober 1872 (Entsch. Bd. 5 S. 110 und Bd. 7 S. 333) vertreten die entgegengesetzte Meinung, sind aber in den Motiven als unrichtig erklärt.

anfechtbar[74]) — Ferner ist auf die Anfechtung eines vertragsmäßigen Pfand- oder Hypothekenrechtes von entscheidendem Einflusse der Umstand, ob die Entstehung der Forderung mit ihrer Sicherstellung gleichzeitig erfolgt oder ihr vorhergegangen ist. — Nur die nachträgliche Sicherung ist eine Begünstigung des einen Konkursgläubigers vor dem anderen; wird nach dem Beginne des zehntägigen Zeitraumes, ja selbst nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Konkurseröffnung Geld auf Realcredit gesucht und gefunden, so ist dies an sich ebensowenig verdächtig und zum Nachtheil der bisherigen Gläubiger, wie eine totale Veräußerung von Sachen des Schuldners, es kann daher auch nicht mehr und nicht minder anfechtbar sein als diese. Man könnte einwerfen, durch Exemtion der gleichzeitigen Verpfändungen sei die Vorschrift des §. 23 Ziff. 2 auch für schon bestehende Forderungen leicht zu umgehen, indem die ältere Forderung novirt und für die an ihre Stelle getretene Forderung gleichzeitig eine Verpfändung vorgenommen werden könne; allein abgesehen von der problematischen Wirkung einer Novation wird dieselbe leicht zu erkennen sein und dann ist sie es, die unter den §. 23 Ziff. 2 fällt." (Motive). Wenn demnach A am 1. Juli seine Zahlungen einstellt und am 2. Juli schließt B mit ihm einen Vertrag, wonach er (B) ihm (dem A) 1000 Mark leiht, wogegen A dem B hiefür Hypothek eintragen läßt, so ist dies Geschäft nicht der Anfechtung des §. 23 Ziff. 2 unterworfen, sondern nur nach Ziff. 1 Satz 1 des §. 23 anfechtbar.

Die Frage, ob der Gläubiger eine Sicherung seines Anspruches verlangen kann, entscheidet sich nach dem Vertrag und dem Gesetz. Wo letzteres ein Recht auf Sicherung gewährt,[75]) läßt sich die Gewährung einer Sicherheit auch nach dem kritischen Zeitpunkte nicht anfechten. Dagegen ist die gesetzliche Befugniß, einen Arrest zu erwirken, oder der im Urtheil liegende Titel zur Zwangsvollstreckung noch kein Anspruch auf Sicherung im Sinne des §. 23 Ziff. 2[76]).

o. (soferne er nicht beweist.)

Der Unterschied in der rechtlichen Behandlung der Begünstigung ein-

74) Mot. zum I. E. S. 164. Das französische Recht (Code civil art. 2146) erklärt alle seit Beginn der 10 Tage genommenen Inscriptionen für wirkungslos.

75) Wie z. B. die WO. in Art. 25, 26 u. 29.

76) Erk. des RG. v. 7. Dezember 1880, Entscheid. Bd. III S. 295 u. vom 20. Januar 1882 Entscheid. Bd. VI S. 368. Diese Präjudize sind für die Praxis von ungemeiner Bedeutung; denn wenn es jedem Gläubiger möglich wäre, unter Konnivenz des Schuldners noch schnell vor Thorschluß sich einen Arrest zu erwirken und damit wirksam sich zu sichern, so würde die ganze Anfechtung illusorisch.

zelner Gläubiger liegt, wie bereits oben S. 331 bemerkt, vor Allem in der anderweitigen Normirung der Beweislast. Während in den Fällen der Ziff. 1 (Satz 2) der Konkursverwalter, welcher die Anfechtung für die Masse geltend machen will, dem einzelnen Gläubiger, welcher Zahlung oder Sicherung erlangt hat, nachweisen muß, daß er von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage Kenntniß hatte, obliegt es im Falle der Ziff 2 dem einzelnen begünstigten Gläubiger darzuthun, daß er von den kritischen Thatsachen nichts gewußt habe. Im ersten Fall wird der gute, im zweiten der böse Glaube auf Seite des Anfechtungsbeklagten vermuthet. Außerdem aber führt das Gesetz noch eine dritte Thatsache auf, deren Kenntniß auf Seite des Gläubigers [77]) zur Begründung einer Anfechtung genügt, nämlich das Bewußtsein des Begünstigten von der Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu bevorzugen. [78]) Der entscheidende Zeitpunkt [79]) bleibt also immer die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag, allein die mala fides entsteht schon durch die Kenntniß der Begünstigungsabsicht. Bei den Handlungen, welche in die zehn Tage vorher fallen, ist dies begreiflich; denn wenn z. B. angefochten wird, daß A, welcher am 10. Juli seine Zahlungen eingestellt und am 12. Juli den Antrag auf Konkurseröffnung gestellt hat, dem B am 6. Juli einen nichtfälligen Wechsel zahlte, so wäre dem B leicht zu beweisen, daß er die Zahlungseinstellung und den Eröffnungsantrag am 6. Juli — zur Zeit der angefochtenen Handlung — nicht gekannt habe, denn die beiden Dinge waren an diesem Tage ja noch gar nicht geschehen. Für Handlungen innerhalb der zehntägigen Frist kommt also überhaupt nur die Kenntniß von der Absicht des Gemeinschuldners, den einen Gläubiger zu begünstigen, in Frage. Diese letztere schließt aber auch die Absicht des Schuldners, die Zahlung einzustellen oder den Konkurs zu beantragen, in sich, und es muß also die mala fides (nach meiner Ansicht) als vorhanden angenommen werden, wenn feststeht, daß zwar

---

77) Oder auch schon (vgl. das oben citirte Erk. des RG. in Bd. VII S. 37.) seines Bevollmächtigten.

78) „Daß der Gläubiger sich der Erlangung eines Vortheiles bewußt war, genügt nicht, um die Rechtshandlung anfechtbar zu machen, wenn nicht zugleich eine — nach dem Gesetz allerdings zu vermuthende — Begünstigungsabsicht auf Seite des Schuldners vorliegt. Steht aber fest, daß letztere den Umständen nach gar nicht vorhanden sein konnte, so wird auch als erwiesen angenommen werden müssen, daß der Gläubiger keine Kenntniß von dieser gar nicht existirenden Absicht gehabt habe". Erk. d. RG. v. 13. Mai 1881, in den Entscheid. Bd. IV S. 435 und in Blums Annalen Bd. IV S. 169.

79) Nach einem Erk. des RG. v. 25. März 1882 (Entsch. Bd. VI S. 111) wäre es nicht nöthig, diesen Zeitpunkt ganz genau festzustellen.

bei Vornahme der angefochtenen Handlung die Zahlungseinstellung noch nicht erfolgt oder der Antrag auf Konkurseröffnung noch nicht gestellt war, der Gegenkontrahent aber wußte, daß der Schuldner in den nächsten Tagen (innerhalb zehn Tagen) seine Zahlungen einstellen werde oder der Antrag auf Konkurseröffnung werde gestellt werden; denn in dieser Kenntniß liegt zugleich schon die Kenntniß der Begünstigungsabsicht[80]). Wenn es sich um Begünstigungen nach der Zahlungseinstellung, aber vor dem Eröffnungsantrage handelt, so kommen die zwei letzteren Alternativen in Betracht, und wenn es sich um Handlungen frägt, welche nach dem Eröffnungsantrage geschehen sind, alle drei, und zwar kumulative, das heißt sobald der begünstigte Gläubiger nicht die Unkenntniß aller drei Thatsachen beweist, ist er den Folgen der Anfechtung unterworfen. Wenn also die von A am 10. Juli dem B geleistete Zahlung eines nichtfälligen Wechsels angefochen wird, so muß B beweisen, daß er am 10. Juli weder die am 6. Juli erfolgte Zahlungseinstellung des A, noch die am 8. Juli geschehene Beantragung des Konkurses, noch auch die Absicht des A, ihm durch Zahlung des noch nicht fälligen Wechsels eine Begünstigung zuzuwenden, gekannt habe.[81]) Hinsichtlich der Führung des Beweises selbst sind besondere Bestimmungen nicht getroffen; es wird daher auch die Frage, ob eine Eideszuschiebung statthaft sei, sich nach den allgemeinen Grundsätzen des zehnten Titels der Civilprozeßordnung zu richten haben.[82])

---

§. 24.

Anfechtbarkeit wegen böser Absicht.

Anfechtbar[a] sind:

1. Rechtshandlungen[b]), welche der Gemeinschuldner[c]) in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen[d]), vorgenommen hat;
2. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfah-

---

80) Es wird dies praktisch deshalb nicht unwichtig sein, weil die erstere Kenntniß viel leichter festzustellen sein dürfte, als die Begünstigungsabsicht.

81) Dieser letztere Nachweis wird schwer zu erbringen sein; denn warum sollte der Schuldner etwas zahlen, wozu er nicht verpflichtet ist, als aus Gefälligkeit gegen den Gläubiger?

82) Vgl. hierüber die Erk. des RG. Bd. IV S. 435 und die näheren Erläuterungen bei § 94.

rens[e]) geschlossenen, entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners[f])

mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe[g]),
mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie[h]), mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern[i]), oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen[k]),

sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt werden[l]) und der andere Theil nicht beweist,[m]) daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses[n]) eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger[o]) zu benachtheiligen, nicht bekannt war.

I. E. §. 31 Abs. 1; §. 30 Abs. 2; II. E. §. 24; Pr. H. G. Art. 757; Pr. KO. §. 103 Nr. 1 u. 2; §. 102 Nr. 3 — B. P.O. Art. 1225 Nr. 2.

a. (Anfechtbar.)

Der §. 24 behandelt diejenigen Anfechtungsgründe, welche ihrem Prinzipe nach nicht die Eröffnung eines Konkursverfahrens zur Voraussetzung haben, sondern ebensowohl gegen einen dem Konkurse nicht unterliegenden Schuldner Platz greifen[1]) und nur hier auf den Fall des Konkurses speziell formulirt sind. Das beiden Ziffern gemeinschaftliche innere Motive der Anfechtbarkeit ist die bewußt gewollte Benachtheiligung der Gläubiger[2]), die gemeinrechtliche fraus der actio Pauliana.[3]) Wie bereits oben erörtert, ist ein „Betrug" im strafrechtlichen Sinne nicht erforderlich[4]), um die Anwendbarkeit des §. 24 zu begründen. Aber auch ein civilrechtlicher „Betrug" wird nicht vorausgesetzt,[5]) denn der Gemeinschuldner braucht nicht „von der

---

1) Vgl. oben S. 305.

2) Deshalb ist der §. 3 des Gesetzes, betreffend die Anfechtung der Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkurses, materiell mit §. 24 der KO. identisch, während dieses Gesetz eine dem §. 23 analoge Bestimmung nicht enthält.

3) Wenn der Gegenkontrahent selbst Gläubiger ist, der Mitgläubiger.

4) „Betrug" im Sinne des §. 263 des RSt.GB. erfordert nothwendigerweise die „Vorspiegelung falscher oder Entstellung wahrer Thatsachen."

5) Einen solchen nehmen an Otto S. 97 ff., v. Wilmowski S. 165, Fitting §. 15 bei Note 1 u. §. 16 bei Note 1 bezeichnet als Anfechtungsgrund eine „Unredlichkeit", Mandry S. 516 spricht von „dolus" und „Widerrechtlichkeit". Im Grunde stimmen wohl alle Rechtslehrer in der Sache selbst überein, daß nämlich die Anfechtung nach §. 24 ein „ungehöriges, ungerechtfertigtes und den guten Sitten widersprechendes" Verhalten desjenigen, gegen den die Anfechtung gerichtet wird, voraussetzt. Nur über das Wort, mit

arglistigen Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, geleitet zu sein. Es genügt, daß er, ohne sich oder einem Anderen einen Vortheil zuzuwenden, die Gläubiger benachtheiligt, daß er dieses weiß und will und daß der Gegenkontrahent hievon Kenntniß hat.

I. Im Allgemeinen sind die beiden in §. 24 nach Ziffern getrennten Anfechtungsfälle ihrer Grundlage nach identisch, dagegen die Beweislast und die Entstehungszeit derselben verschieden geregelt. Jedoch unterscheiden sich auch materiell die beiden Ziffern des §. 24 in einer Voraussetzung, indem nämlich Ziff. 2 den Nachweis[6]) einer wirklich eingetreternen Benachtheiligung der Gläubiger, also eines Erfolges verlangt, die Ziffer 1 aber sich mit dem Nachweis der Absicht, diesen Erfolg herbeizuführen, begnügt.[7])

II. Die Anfechtung nach §. 24 ist zwar (wie oben erwähnt) ihrem inneren Grunde nach nicht auf die Konkursmäßigkeit des Schuldners gegründet, allein ihre Geltendmachung setzt allerdings voraus, daß der Schuldner sich im Konkurs befindet.[8]) Dies bezieht sich aber nur auf die Zeit der Geltendmachung. Die Entstehung des Anfechtungsrechtes ist durch eine bereits vorhandene Konkursmäßigkeit des Schuldners nicht bedingt. Hierin liegt eine wesentliche Neuerung. Theorie und Praxis des Gemeinen Rechtes gehen von dem entgegengesetzten Prinzipe aus;[9]) sie nehmen an, daß eine Rechtshandlung des Schuldners nur dann angefochten werden dürfe, wenn dessen Vermögen zur Berichtigung aller Schulden entweder schon zur Zeit der Handlung unzureichend bezw. er zahlungsfähig gewesen, oder durch die Handlung selbst die Unzureichendheit bezw. die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Hievon weicht nun die Deutsche Konkursordnung ab; zwar die Unzureichendheit des schuldnerischen Vermögens, die Zahlungseinstellung des Schuldners bleibt immer von thatsächlicher Bedeutung, denn wenn dieselbe zur Zeit der Anfechtung nicht vorhanden ist, so fehlt ja der „Gemeinschuldner", gegen den

---

welchem man dieses Verhalten bezeichnen soll, wird gestritten. Ich möchte nun aber einen „Betrug" ohne „Täuschung" nicht gerne anerkennen und eine „Täuschung" ist jedenfalls nicht erforderlich, um die Rechtshandlung nach §. 24 anfechtbar zu machen.

6) Eine Benachtheiligung muß auch im Falle der Ziff. 1 des §. 26 eingetreten sein, vgl. oben S. 202 Note 11.

7) Erk. d. RG. vom 24. Juni 1882 (Blum's Annalen Bd. VI S. 118).

8) Andernfalls kann sich der Benachtheiligte des Gesetzes vom 21. Juli 1879 bedienen.

9) Vgl. die Präjudizien in Seufferts Archiv Bd. III S. 264 XXI S. 315. Die früheren Entscheidungen und wissenschaftlichen Erörterungen der Lehre sind daher nur mit Vorsicht anzuwenden.

die Anfechtung gehen soll, und fehlen die „Konkursgläubiger", deren Vertreter die Anfechtung nach §. 24 allein zusteht. Allein die Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens ist nur der faktische Anlaß zur Anfechtung, nicht der rechtliche Grund derselben. Trotzdem ein Schuldner durch eine Handlung den Gesammtbetrag seines Vermögens überschreitet und sich zu einem „Zahlungsunfähigen" macht, oder trotzdem er schon vor jener Handlung ein „Zahlungsunfähiger" gewesen ist, kann dennoch (vielleicht gerade mit Hülfe dieser Handlung) sein Vermögenszustand wieder restaurirt werden und sonach ist — wie die Motive (zum II. E. S. 130) mit Recht bemerken — „das Bewußtsein schon vorhandener Insuffizienz mit vollkommen redlicher Absicht verträglich, wie anderseits bei augenblicklich noch vorhandener Suffizienz ein Spekulant arglistig verfahren und, seine dereinstige Zahlungseinstellung voraussehend oder gar vorbereitend, werthvolle Stücke für sich und seine Familie vor den Angriffen der Gläubiger in's Sichere zu bringen beabsichtigen kann".

Für die in §. 24 zugelassene Anfechtung ist sonach kein Nachweis darüber gefordert[10]), daß damals, als die angefochtene Handlung geschah, die Aktiva des Schuldners geringer waren, als seine Passiva, oder daß gerade diese bestimmte Handlung es war, welche die Zahlungsunfähigkeit deselben verursachte. Es genügt, daß zur Zeit der Anfechtung eine Zahlungseinstellung und dadurch veranlaßte Konkurseröffnung vorliegt[11]).

---

10) Dies ist ein entschiedener Fortschritt; denn jeder Praktiker hat die Schwierigkeit einer derartigen auf Monate und Jahre zurückfallenden „probatio diabolica" kennen gelernt.

11) Dieser Umstand bedarf natürlich, da er die Voraussetzung des Konkurses bildet und daher durch die Konkurseröffnung, vor welcher die fragliche Anfechtung nicht stattfinden kann, dargethan ist, keines besonderen Beweises. Einen Gegenbeweis hiegegen wird man dem Gemeinschuldner selbstverständlich nicht gewähren; ob aber nicht dem anderen Theile? Ich glaube, diesem wird man die Befugniß dazu nicht verweigern können. Z. B. A zeigt seine Insolvenz an und es wird auf Grund seiner vorgelegten Bilanz Konkurs eröffnet; der Verwalter ficht ein mehrere Monate vorher zwischen A und B geschlossenes Kaufgeschäft als ein solches an, welches die Gläubiger wegen zu niedrigen Preises benachtheilige und von vorneherein in der Absicht dieser Benachtheiligung geschlossen worden sei. Hier kann nun offenbar B den „Nachtheil" als nicht vorhanden darthun, indem er gegenüber dem Beweise des Klägers im Wege des Gegenbeweises darlegt, der Preis sei entsprechend gewesen; er kann aber ebensogut natürlich seine Vertheidigung dahin führen: „ob der Preis entsprechend war oder nicht, geht Euch nichts an; denn der Schuldner hat Vermögen genug, um Euch alle zu bezahlen, seine vorgelegte Bilanz ist unrichtig,

b. (Rechtshandlungen).

Der Entwurf hatte den beschränkteren Ausdruck „Rechtsgeschäfte", welcher im Hinblicke auf die §§. 6 und 22 durch den jetzt gebrauchten ersetzt wurde (vgl. K.-Prt. S. 23). Es fallen also unter diese gesetzliche Bestimmung alle Handlungen, welche eine arglistige Verkürzung der Gläubiger enthalten, ohne Ausnahme, welchen Namen sie auch haben mögen[12]). Die einen aber werden leichter als solche zu erkennen sein, wie die anderen. Wenn der Gemeinschuldner z. B. sein gesammtes Mobiliar oder den größten Theil desselben veräußert, sich aber dabei den fortdauernden Gebrauch desselben vorbehält, so wird nicht leicht hierin ein bona fide-Geschäft zu finden sein[13]). Dagegen wird man nicht leicht in einer korrekten Vertragserfüllung oder Zahlung eine absichtliche Benachtheiligung der Gläubiger erblicken können[14]), denn es ist ein alter Satz: nihil dolo creditor facit qui suum recipit[15]). Indessen lassen sich — abgesehen von der Tilgung einer Schuld vor der Verfallzeit durch Hingabe an Zahlungsstatt oder sonst in anderer als der geschuldeten Weise[16]) — allerdings Umstände denken (z. B. wenn die Zahlung von einer stillschweigenden oder ausdrücklich fraudulösen Uebereinkunft begleitet war), durch welche eine Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, dargethan wird. (Nach den Motiven.)

---

er ist gar nicht überschuldet, der Konkurs ist mit Unrecht eingeleitet". Denn wenn dies wahr ist, sind ja die Gläubiger gar nicht „benachtheiligt". Vgl. aber oben S. 302 Note 13.

12) Vgl. oben S. 305.

13) Diesen Fall erwähnten die Bremer und Lübecker Gesetze speziell. Die Motive begründen die Nichtaufnahme einer solchen Spezialität in das Gesetz unter Anderem auch damit, „daß die Abgrenzung des veräußerten Objekts und daher die Anwendung der Vorschrift schwer festzustellen und leicht zu umgehen sein würde". (Mot. z. II. E. S. 131.)

14) Die Praxis des Berliner Obertribunals war bisher schwankend; es liegen Erkenntnisse vor, welche die Anfechtbarkeit einer fälligen Vertragsfüllung als dolose Handlung unbedingt verneinen; andere lassen sie zu. Für das jetzige Gesetz sind diese Erkenntnisse nicht mehr zu brauchen. Vgl. die Erk. des RG. in Blum's Annalen Bd. VI S. 118 und 120.

15) Fr. 129 D. de R. J.

16) Es sind dies die oben (S. 332 ff.) erwähnten Fälle; der Unterschied liegt darin, daß, wenn diese Handlungen nach §. 23 Ziff. 2 angefochten werden wollen, nur die Vornahme nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage (bezw. in den 10 Tagen vorher) nachzuweisen ist, während die Anfechtung nach §. 24 an keine Zeit (vorb. §. 34) gebunden erscheint, dagegen die arglistige Absicht nachgewiesen werden muß.

c. (der Gemeinschuldner.)

Nur die Person des Gemeinschuldners macht eine Handlung, durch welche absichtlich dessen Gläubiger benachtheiligt werden, zur rechtswidrigen und deßhalb anfechtbaren[17]). Dieser anscheinend selbstverständliche Satz ist dennoch zur Entscheidung von Kontroversen nicht unwichtig. Z. B. der Gesandtschaftsattaché Berty hat Kredit gefunden, weil sein Vater sehr kränklich und reich genug ist, daß dereinst aus der Erbschaft alle Schulden des Sohnes bezahlt werden können. Der Vater Berty's aber überträgt, weil er davon gehört hat, sein gesammtes Vermögen noch bei Lebzeiten an den Ehemann seiner Tochter unter dem bestimmten Versprechen des letzteren, keinen Pfennig für die Schulden des jungen Berty zu zahlen. Hier liegt nun allerdings eine Rechtshandlung vor, welche lediglich in der dem anderen Theile vollkommen bekannten Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen wurde. Allein es ist nicht der Gemeinschuldner, sondern ein Dritter, der zu den Gläubigern in keiner Verpflichtung steht, welcher diese benachtheiligte, der Anfechtung auf Grund des §. 24 unterliegt demnach die Rechtshandlung des Vaters Berty nicht.[18])

d. (in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gäubiger zu benachtheiligen).

Der §. 24 stellt für das von ihm gewährte Anfechtungsrecht zwei Voraussetzungen auf:

I. die Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen;

II. die Kenntniß dieser Absicht auf Seite des Gegentheils.

ad I. Die Absicht des Gemeinschuldners muß nicht etwa die boshafte Intention sein, einem bestimmten Gläubiger oder allen Gläubigern einen Schaden an ihrem Vermögen zuzufügen, sondern es genügt, wenn er

---

17) Ueber die in einem Erk. des Berl. Obertribunals v. 17. Dezember 1868 (Striethorst Archiv Bd. 73 S. 185) behandelte Frage bezüglich der mit ihrem Ehemanne in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau vgl. S. 316 Note 9.

18) Eine andere Frage ist, ob der junge Berty diese Vermögensübertragung mit der querela wegen Verletzung seines Notherbenrechtes anfechten könne und ob, wenn er die querela unterläßt, die Gläubiger diese Unterlassung anfechten können? Wenn aber auch dieses verneint wird, da Unterlassungen nicht anfechtbar sind, so ist immer noch die Frage: gehören die Rechte auf Anfechtung von Verfügungen des Erblassers wegen Verletzung des Notherbenrechtes (querela inofficiosi testamenti et inofficiosae donationis) zur Masse und können sie vom Verwalter an Stelle des Notherben ausgeübt werden? Hierüber siehe oben S. 131.

das Bewußtsein hat oder vernünftigerweise haben muß[19]), daß durch seine Handlung die Gläubiger, sei es einer oder einzelne oder alle Gläubiger, bestimmt oder unbestimmt wen es trifft[20]), weniger an dem ihnen gebührenden Guthaben erhalten, als sie bekommen haben würden, wenn er jene Handlung nicht vorgenommen hätte[21]) Der Nachweis, daß ein Nachtheil wirklich eingetreten sei, ist zur Begründung des Anfechtungsrechtes nicht erforderlich.[22]) Deßhalb unterliegen auch Vorbereitungshandlungen zur Ermöglichung einer späteren Benachtheiligung der Gläubiger, soferne sie in dieser Absicht vorgenommen sind, der Anfechtung.[23])

ad II. Der andere Theil braucht nicht in der Absicht, sich selbst zum Nachtheile der Gläubiger zu bereichern, gehandelt zu haben; es genügt, wenn er die Sachlage kannte und aus derselben entnommen hat oder vernünftigerweise entnehmen mußte, daß die betreffende Handlung zum Schaden der Gläubiger vorgenommen werde, denn hierdurch wird er Mitschuldiger an der Arglist des Schuldners (fraudis particeps) und seine Handlung verstößt gegen Treu und Glauben.[24]) Beispiele sind: der Gutsbesitzer A offerirt

---

19) An Zufälle ganz besonderer Art braucht er aber allerdings nicht zu denken. Ich stimme daher Fitting §. 16 Note 2 zu, daß (gegen Otto S. 97, welcher die Benachtheiligungsabsicht auch dann annimmt, wenn der Schuldner mit der Vorstellung handelt, seine Handlung könne „möglicherweise" seine Gläubiger verkürzen) eingewendet werden muß, es lasse sich überhaupt kaum ein Geschäft denken, das nicht unter besonderen Umständen, z. B. wenn ein Krieg plötzlich ausbricht u. dgl., für die Gläubiger einen Nachtheil herbeiführen könne. Ein Erk. des Bayerischen Obersten Gerichtshofes v. 15. Februar 1875 (abgedruckt in der Palm- u. Enke'schen Sammlung Bd. V S. 695) bezeichnet als genügend zur Fundirung der Anfechtungsklage „die bloße Wahrscheinlichkeit der Benachtheiligung der Gläubiger durch die anzufechtende Rechtshandlung."

20) Vgl. unten IV. Insbesondere ist es einerlei, ob später ein anderer Gläubiger als derjenige, dessen Benachtheiligung beabsichtigt wurde, faktisch benachtheiligt worden ist. Mandry S. 517.

21) Die Pr. KO. §. 103 Ziff. 1 und die Bayr. PO. Art. 1225 Nr. 2 führen den Fall besonders an, daß eine Handlung nur zum Scheine vorgenommen wurde. Wie die Motive sagen, wurde diese Bestimmung deshalb nicht in das Gesetz aufgenommen, weil die Simulation nach allen bürgerlichen Rechten schon an sich ungültig sei und daher einer Anfechtung überhaupt nicht bedürfe.

22) Dadurch unterscheidet sich (vgl. oben) der Fall der Ziff. 1 von jenem der Ziff. 2. Vgl. das RG. Erk. v. 24. Juni 1882 (Blum's Annalen Bd. VI S. 118).

23) Fitting §. 16 Note 2 und die Beispiele bei Nr. II.

24) „Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, der privatrechtlichen Verbotwidrigkeit der Handlung ist nicht nothwendig", sagt ein Erk. des RG. v. 21. April 1883, in den Entscheid. Bd. IX S. 73 u. in Blum's Annalen Bd. VIII S. 78; (was irrig auf den 20. April datirt ist.)

dem Müller B seinen gesammten Getreidevorrath um einen Preis, welcher nicht geringer ist, als der übliche Schrannenpreis. Dieses Geschäft scheint an sich ganz harmlos und wird es auch in 99 Fällen von 100 sein. Gesetzt aber, der Müller und der Gutsbesitzer sind nahe Nachbarn, der Müller weiß daher, daß der Gerichtsvollzieher bereits sehr oft bei Hrn. A zu sehen war, daß dieser seine Möbel heimlich fortschaffen ließ, Frau und Kinder in die Schweiz geschickt hat und dergleichen; alsbald nach abgeschlossenem Kaufe und erhaltenem Gelde folgt der Gutsbesitzer seiner Familie nach. Hier wird §. 24 Nr. 1 Anwendung finden, obwohl der Müller B mit dem Kaufgeschäfte für sich keinen unerlaubten Vortheil erreicht, auch nicht einmal das Vermögen des Schuldners gemindert hat. Allein der Kauf hat die Gläubiger dadurch benachtheiligt, daß der Schuldner, indem er baares Geld in die Hand bekam, dieses den Gläubigern entziehen konnte, und der Käufer hat offenbar gewußt, daß der Verkäufer in dieser Absicht handelte. Anderseits: der Privatier A in München sucht seit lange ein Familienhaus; ein Unterhändler setzt ihn in Kenntniß, der B von Augsburg wolle das Seinige verkaufen und zwar, weil ihm bei seiner Abwesenheit der Besitz lästig sei, gebe er recht wohlfeil ab. A kauft das Haus um 5000 Mark unter der Schätzung, B geht mit dem Geld durch und es bricht über ihn der Konkurs aus. In diesem Falle sind die Gläubiger doppelt benachtheiligt, einmal wegen des niedrigen Preises und dann, weil sie überhaupt das leere Nachsehen haben; allein obwohl Privatier A bei dem Kaufe einen Vermögensvortheil hatte, ist er, da ihm die böse Absicht des Verkäufers nicht bekannt war, der Anfechtung nicht unterworfen[25]).

III. Es ließe sich nun noch die Frage stellen: für welchen Zeitpunkt die mala fides des Gegenkontrahenten bewiesen werden muß? Die Fassung dieser Stelle des Gesetzes unterscheidet sich nämlich insoferne von den übrigen analogen Stellen, daß bei diesen überall der Zeitpunkt fixirt ist, z. B. §. 23 Ziff. 1 „wenn dem anderen Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging"; „zu der Zeit, als die Handlung erfolgte"; §. 23 Ziff. 2 „zur Zeit der Handlung"; §. 24 Ziff. 2 „zur Zeit des Vertragsabschlusses". In §. 24 Ziff. 1 aber heißt es ganz allgemein: „in der dem anderen Theile bekannten Absicht."

Wenn nun aber erwogen wird, daß als allgemeines Prinzip feststeht, eine Handlung werde nur dadurch anfechtbar, daß eine fraus vorliegt und derjenige, gegen welchen die Anfechtung gerichtet ist, particeps fraudis ist;

---

25) Im Allgemeinen wird allerdings ein auffallend wohlfeiler Preis eine Vermuthung begründen, daß der Käufer wußte, es gehe nicht mit rechten Dingen zu; allein dies ist Beweisfrage.

wenn ferner erwogen wird, daß sprachlich das Perfektum „bekannt“ in Verbindung mit „vorgenommen hat“ bereits anzeigt, daß beide Zeitpunkte als zusammenfallend gedacht werden sollen[26]), und wenn endlich in Betracht gezogen wird, daß, falls in §. 24 Ziff. 1 ein ganz anderes Prinzip in Betreff des Bewußtseins des Gegenkontrahenten als bei allen übrigen Anfechtungsfällen hätte aufgestellt werden wollen, dies offenbar deutlich und bestimmt hätte gesagt werden müssen: — so ergibt sich, daß auch bei den Fällen der Anfechtung nach §. 24 Ziff. 1 die böse Absicht dem Gegenkontrahenten schon zur Zeit des Geschäftsabschlusses bekannt sein mußte und mala fides superveniens daher nicht schadet[27]).

IV. Es ist oben (unter I) bereits erwähnt worden, daß die böse Absicht nicht dahin gerichtet sein muß, einen bestimmten oder einzelne bestimmte Gläubiger zu benachtheiligen, es genügt die Absicht im Allgemeinen, Deckungsmittel zu beseitigen. Wie ist es nun mit Gläubigern, deren Forderungen erst nach der benachtheiligenden Handlung entstanden sind? Z. B. wenn das (auf Seite 346) erwähnte Getreidegeschäft am 20. August 1880 stattfand, am 29. August 1880 wird über den Gutsbesitzer A der Konkurs eröffnet, kann nun auch für Bankier C, welcher am 23. August 1880 einen Wechsel des A erwarb, das Geschäft vom 20. August angefochten werden, obwohl an diesem Tage A noch nicht den C zu „seinen Gläubigern“ zählte? Materiell habe ich keinen Zweifel, daß die Frage mit „ja“ beantwortet werden muß. Denn der Grund des Rechtsmittels ist ja nicht „der Betrug an einer Person“, sondern die „absichtlich herbeigeführte Gläubigerbenachtheiligung“; die Anfechtung geschieht auch nicht von einem oder einzelnen Gläubigern, sondern von dem Verwalter Namens Aller, die am Konkurse Theil nehmen; das Erstrittene fällt in die Masse und an der Masse hat jeder gleichen Theil, wenn nur seine Forderung überhaupt vor die Konkurseröffnung fällt.

Formell freilich ist ein erhebliches Bedenken gegen diese Auslegung vorhanden; es wurde nämlich (vgl. lit. n) im letzten Absatze des §. 24 der Ausdruck „seine Gläubiger“ umgeändert in „die Gläubiger“ und zwar eben deshalb, weil man das Bedenken ausschließen wollte, als ob das Geschäft von solchen Gläubigern nicht angefochten werden könne, welche damals, als es geschlossen, noch nicht Gläubiger des Gemeinschuldners waren. Da

26) Wenn A dem B am 1. Juli ein Haus verkauft in der Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, und B erfährt diese Absicht erst am 1. August, so kann man nicht sagen: der Verkauf war am 1. Juli in der dem B „bekannten“ Absicht vorgenommen; sondern es müßte heißen „in der dem B bekannt werdenden Absicht“.

27) Ebenso Stieglitz S. 148 Nr. 3 u. v. Wilmowski S. 166 lit. c.

nun diese Aenderung nur im letzten Absatz, nicht aber auch in der Ziff. 1 des §. 24 erfolgte, müßte man eigentlich annehmen, es sollten die beiden Fälle verschieden behandelt werden. Allein ich glaube, es war die Aenderung nicht nöthig, und es ist nur Zufall, daß das Wort „seine" oben stehen geblieben ist[28]).

Zu Ziff. 2.

e. (in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens).

Ziff. 2 behandelt die Fälle, in denen aus der Person des Gegenkontrahenten eine fraus vermuthet wird. Die Berechnung des hier festgesetzten Zeitraumes ist nicht schwierig, es ist natürlich nicht das Kalenderjahr, sondern der Zeitraum eines Jahres gemeint[29]). Wenn also der Konkurs am 1. Juli 1880 eröffnet wurde, so ist nicht das ganze Jahr 1879 (dies wäre eigentlich „das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung"), sondern die Zeit vom 1. Juli 1879 bis 1. Juli 1880 diejenige, innerhalb welcher geschlossene Verträge auf Grund des §. 24 Ziff. 2 anfechtbar sind. Da man Jahre nicht nach Stunden, sondern nach Tagen zu zählen pflegt, so lese ich „in dem letzten Jahre vor dem Tage der Eröffnung des Verfahrens" und rechne daher denjenigen Tag, welcher durch seine Benennung dem Tage entspricht, an welchem der Konkurs eröffnet wurde, noch zur Frist[30]). Wenn also der Konkurs am 30. April 1881 Mittags 11 Uhr eröffnet wurde, so ist eine am 30. April 1880, wenn auch Morgens 8 Uhr vorgenommene Handlung noch anfechtbar; die auf 29. April 1880 und rückwärts aber fallenden nicht mehr.

---

28) Diese Meinung wird auch von Hartmann (Erläuterungen zum Gesetze v. 2. Juli 1879 (2. Auflage) S. 48) u. v. Wilmowski S. 165 vertreten.

29) Hierüber stimmen alle Rechtslehrer überein.

30) Wie ist es mit Schaltjahren? Im Allgemeinen mehrt sich dadurch lediglich die Jahresfrist um einen Tag (für die Wechselverjährung entschieden vom obersten Gerichtshofe zu Wien, vgl. Archiv für WR. Bd. X p. 287); da 1880 ein Schaltjahr ist, so beträgt das im Texte als erstes Beispiel gewählte Jahr vom 1. Juli 1880 bis 1. Juli 1879 zurück 366 Tage, und nicht wie das Jahr im zweiten Beispiele (vom 30. April 1881 bis 30. April 1880 zurück) nur 365 Tage. Wenn aber der Schalttag selbst in Frage kommt, so tritt das unten bei §. 26 lit. b näher zu erörternde Prinzip ein, daß der fehlende Tag surrogirt wird. Wurde also der Konkurs am 29. Febr. 1880 eröffnet, so reicht das letzte Jahr bis zum 28. Februar 1879; wurde er aber am 28. Februar 1881 eröffnet, so begreift das letzte Jahr noch den 29. und 28. Febr. 1880 in sich. Ebenso Fitting §. 16 Note 5, A. A. Stieglitz S. 151 und v. Sarwey S. 147.

f. (geschlossenen entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners).

I. Das Gesetz will nicht etwa die vom Gemeinschuldner mit seinen Ehegatten und Verwandten geschlossenen Verträge anders behandeln als alle übrigen; auch sie sollen nicht unter anderen Voraussetzungen angefochten werden können, als wie dieselben überhaupt für Anfechtung von Geschäften des Gemeinschuldners aufgestellt sind[31]). Soferne also eine Benachtheiligung der Gläubiger nicht stattfand oder eine Benachtheiligungsabsicht nicht vorlag, oder der Gegenkontrahent diese nicht kannte, sind entgeltliche Verträge des Gemeinschuldners nicht deshalb anfechtbar, weil sie mit seinen Ehegatten und Verwandten geschlossen wurden; die Verwandtschaft des Gegenkontrahenten allein gibt für das geschlossene Geschäft noch keinen Anfechtungsgrund ab. Liegt nun aber eine Benachtheiligung der Gläubiger vor, so handelt es sich um die Zeit der Vornahme; erfolgte diese nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage und bezw. innerhalb der rückwärts liegenden zehntägigen Frist, so kommen für die verwandtschaftlichen Gegenkontrahenten wie für alle übrigen Personen die Bestimmungen des §. 23 Ziff. 1 und 2 zur Anwendung. Geschah der Geschäftsabschluß vor den soeben bezeichneten Zeitpunkten, aber noch innerhalb Jahresfrist von der Konkurseröffnung an rückwärts gerechnet, so wird (wenn die Benachtheiligung der Gläubiger bewiesen ist[32]) zwar im Allgemeinen nicht vermuthet, daß diese Benachtheiligung eine absichtliche war und daß der Gegenkontrahent diese Absicht kannte; wenn aber der Gegenkontrahent der Ehegatte oder einer der in §. 24 Ziff. 2 bezeichneten Verwandten gewesen ist, wird sowohl die arglistige Absicht als auch deren Bekanntsein beim Gegenkontrahenten präsumirt. Fiel endlich der Vertragsabschluß noch weiter rückwärts als ein Jahr vor der Konkurseröffnung, so stehen die Ehegatten und Verwandten den übrigen Personen wieder gleich.

Sonach besteht also der juristische Inhalt der Ziff. 2 nur darin, daß hinsichtlich der innerhalb Jahresfrist vor der Konkurseröffnung geschlossenen entgeltlichen Verträge, soferne sie mit Ehegatten oder Verwandten geschlossen wurden, sobald nicht blos die Absicht der Benachtheiligung, sondern die Benachtheiligung selbst feststeht, die mala fides präsumirt ist. Die Motive be-

31) „Nicht das verwandtschaftliche Verhältniß für sich allein, sondern erst in Verbindung mit der Thatsache, daß das Geschäft ein benachtheiligendes gewesen, begründet die Präsumtion des dolus". Abg. Hullmann in der Kommission (Prt. S. 22).

32) Und dieser Beweis liegt auch, im Falle der Gegenkontrahent ein Verwandter ist, immer dem Anfechtungskläger ob.

gründen diese Bestimmung mit der „Erfahrung, daß Verträge, welche ein naher Verwandter mit dem Gemeinschuldner nicht lange vor der Konkurseröffnung eingeht, in der Regel sich als betrügerische erweisen".

Ein solcher Verwandter kann sich also schützen: 1) wenn er den Beweis des Anfechtungsklägers, daß der Vertrag die Gläubiger benachtheiligt, durch Gegenbeweis entkräftet, oder wenn er selbst nachweist entweder 2) daß diese Benachtheiligung überhaupt nicht beabsichtigt war, oder 3) daß wenigstens er selbst diese Absicht nicht gekannt habe[33]).

II. Die „entgeltlichen Verträge" des §. 24 Ziff. 2 stehen im Gegensatze zu den „unentgeltlichen Verfügungen" des §. 25. Entgeltlich sind nicht blos Veräußerungen[34]), sondern alle onerosen Verträge; daher insbesondere auch z. B. Erbtheilungen, Pachtverträge, Hypotheken- und Pfandbestellungen, Hingabe an Zahlungsstatt und Vereinbarungen über Abänderung bestehender Verträge[35]). Allein da sich das Gesetz des Wortes „Verträge" bedient, können einseitige Rechtshandlungen nicht hieher bezogen werden. Daher auch nicht die Leistung des geschuldeten Objektes, Zahlungen[36]) und Aehnliches. Solche Handlungen sind daher, auch wenn sie von Ehegatten und Verwandten oder an Ehegatten und Verwandte erfolgen, nicht nach §. 24 Abs. 2 anfechtbar[37]). Ebenso können an sich Prozeßhandlungen nicht unter diesen Absatz gezogen werden; ein im Prozesse gegen den Bruder der Ehefrau abgegebenes Geständniß ist nicht anders zu behandeln, als das Geständniß in irgend einem anderen Prozesse; ist nach den vorliegenden sonstigen Umständen dieses anfechtbar, so ist es auch jenes; unterliegt das

---

33) Dies wird aber nur durch Nachweis ganz besonderer Umstände möglich sein.

34) Die Praxis des Berliner Obertribunals hatte lediglich solche unter die frühere gesetzliche Bestimmung subsumirt, daher die Fassung geändert wurde, vgl. Motive zum II. E. S. 132.

35) Ein Erk. des ROHG. v. 24. September 1878 (Sammlung der Entscheid. Bd. XXIV S. 204) sagt: „Es kann darüber kein Zweifel obwalten, daß wenn ein theilweise — durch Uebergabe des Kaufsobjektes — bereits kontraktmäßig erfüllter verbindlicher Kaufvertrag wieder aufgehoben und das Kaufobjekt dem Verkäufer zurückgewährt wird, jedenfalls in Bezug auf die Rückgewähr nicht sowohl ein Abgehen vom alten Vertrage, als wäre er nicht geschlossen, vorliegt, sondern eine neue, auf Restitution dessen, was an sich dem Käufer zu Recht zukommt, gerichtete Obligation eingegangen wird".

36) Hingabe an Zahlungsstatt enthält nicht eine Zahlung allein, sondern zugleich einen Vertrag, wonach der Gläubiger statt des Geldes etwas Anderes anzunehmen sich verpflichtet.

37) Sie sind aber natürlich anfechtbar, wenn dieselben unter die Kategorieen von §. 23, 24 Ziff. 1 u. §. 25 fallen.

zweite nicht der Anfechtung, dann auch nicht das erste. Sind die Verträge nur scheinbar „entgeltlich", in Wirklichkeit aber „unentgeltlich", so unterliegen sie der Anfechtung nach §. 25.

g. (mit seinem Ehegatten vor oder während der Ehe).

Mit diesem allgemeinen Ausdrucke sind auch solche Verträge gemeint, welche mit der Braut oder dem Bräutigam, wenn später die Ehe erfolgte, geschlossen wurden[38]); dagegen fiele der Fall nicht hieher, wenn der Bräutigam A mit der Braut B einen Vertrag geschlossen, die Heirath aber sich zerschlagen hat und A dann in Konkurs geräth[39]). Da es nun heißt: „vor oder während" der Ehe, nicht aber „nach der Ehe", so sind Verträge, welche geschiedene Eheleute[40]) mit einander geschlossen haben, nicht unter den §. 24 zu subsumiren, ebenso nicht die Verträge von früheren Eheleuten, deren Ehen als nichtig oder ungültig erklärt sind[41]). Solche Eheleute dagegen, welche nur auf Zeit von Tisch und Bett getrennt sind, würden, falls sie Verträge mit einander schließen, nach §. 24 Ziff. 2 zu beurtheilen sein.

h. (mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie).

I. Für diesen Verwandtschaftsgrund sind keine Gränzen gezogen; es würde also (wenn es vorkäme) auch der Vertrag des Urgroßvaters der

---

38) Vor der Ehe gibt es allerdings eigentlich keine „Ehegatten", das Gesetz will eben sagen: „mit derjenigen Person, mit welcher der Gemeinschuldner später eine Ehe eingegangen hat".

39) Es ist nicht nöthig, daß die Ehe schon vor der Konkurseröffnung geschlossen wurde, nur der Vertrag muß in das Jahr vorher fallen; wenn z. B. Adolph Adam mit Barbara Bettil am 1. Juli 1880 einen Vertrag geschlossen hat, am 1. Juni 1881 wird über Adolph Adam der Konkurs eröffnet und am 1. August 1881 heirathet dieser das Frln. Bettil, so fällt der Vertrag unter §. 24 Ziff. 2.

40) Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, daß nach einigen religiösen Anschauungen die einmal geschlossene Ehe nur durch den Tod wirklich aufgelöst wird, so daß nach dieser Ansicht ein Vertrag zwischen zwei geschiedenen Eheleuten immer noch als ein während der Ehe geschlossener erscheint. Denn für das bürgerliche Eherecht (und zu diesem ist §. 24 der KO. zu zählen) ist nunmehr §. 77 des Civilehegesetzes maßgebend, wonach jede auf unbestimmte Zeit getrennte Ehe als aufgelöst gilt. Vgl. v. Sicherer, Kommentar zum Personenstandsgesetz §. 77.

41) Natürlich findet diese Ausnahme nur dann statt, wenn der Vertragsabschluß nicht durante matrimonio geschah. Wenn Kaufmann A mit seiner Frau am 1. Januar einen entgeltlichen Vertrag schließt, am 1. Februar läßt er sich scheiden, am 1. März geht er in Konkurs, so unterliegt der Vertrag allerdings dem §. 24 Ziff. 2.

Ehefrau des Gemeinschuldners mit diesem unter das Gesetz fallen. Indessen wird durch das vorausgehende Wort „oder“ die Kombination beider Verwandtschaften ausgeschlossen. Z. B. der Vater der Frau v. Zollstab schließt mit dem Kaufmann Pfundstein, dem Großvater des Hrn. v. Zollstab einen Vertrag; Kaufmann Pfundstein kommt in Konkurs, hier ist §. 24 Ziff. 2 nicht anwendbar.

II. Da sich das Gesetz nicht des Ausdruckes „Blutsverwandte“ bedient, wird man die „Wahlverwandtschaft“ nicht ausschließen dürfen. Es sind daher Arrogirte und Adoptirte, ebenso wie Legitimirte hieher zu ziehen[42]), nicht aber die Verträge mit Pflegeeltern und Pflegekindern, nachdem dieses Verhältniß Familienrechte nicht begründet[43]), und ebenso wird natürlich die blos geistliche Verwandtschaft (Tauf- und Firmpathen) schon deshalb nicht hieher zu zählen sein, weil man hier von „auf- und absteigender Linie“ nur in uneigentlichem Sinne reden könnte.

III. Das Gesetz hat sich des Ausdruckes „eheliche“ Verwandte nicht bedient. Mir ist deshalb nicht zweifelhaft, daß auch außereheliche Verwandtschaft hieher gerechnet werden muß. Wo freilich nach Bürgerlichem Rechte die außereheliche Zeugung nicht eine „Verwandtschaft“, sondern nur „Verpflichtungen aus dem Delikte“ begründet, wird im entgegengesetzten Sinne zu entscheiden sein[44]).

IV. „Verwandte des Ehegatten“ sind erst dann vorhanden, wenn die Ehe geschlossen ist. Daher fallen Verträge, welche vor Eingehung der Ehe mit Verwandten des späteren Ehegatten geschlossen sind, nicht hieher. Daß der Beisatz „vor oder während der Ehe“, welcher in den ersten Alinea der Ziff. 2 den Worten „mit seinen Ehegatten“ angefügt ist, im zweiten

---

42) Inwieweit Eingekindschaftete hieher zu zählen sind, hängt davon ab, ob die betreffenden Statuten (Mainzer, Württemberger Recht) darin nur eine vermögensrechtliche Aenderung des Verhältnisses sehen, oder dem Stiefparens durch das Geschäft Elternrecht gewährt wird (Frankfurter u. Würzburger Recht).

43) Vgl. Seuffert, Pandekten §. 476.

44) Ein Erk. des Berliner Obertribunals vom 2. Mai 1874 (Gruchot Beiträge N. F. Bd. III S. 821) verneint die Frage aus inneren Gründen: „Die nahe Verwandtschaft, welche in der Familie ihre Wurzel hat, bildet den Mittelpunkt, um welchen der Kreis von Personen gezogen ist, welchem die Vermuthung der unredlichen Absicht entgegenstehen soll“. Wie der bekannte Komiker Lang aber zu sagen pflegte, liebt man in der Regel die Kinder der Liebe mehr als die anderen, und ich möchte glauben, eine Begünstigungsabsicht ist noch weit eher ihnen gegenüber zu vermuthen als gegenüber der ehelichen. Mit mir stimmt Petersen S. 142 und v. Sarwey S. 176 überein.

Alinea weggelassen ist, zeigt dies zur Genüge[45]). Wenn ich am 1. Mai mit Herrn Adam einen Vertrag schließe und ich heirathe am 1. Juni dessen Schwester Eva, so habe ich dennoch am 1. Mai (und auf dieses Datum kommt es an) nicht mit „meinem Schwager", sondern nur mit einem mir nicht verschwägerten Herren Adam kontrahirt gehabt.

V. Dagegen scheint mir die Frage, ob der Ehegatte, dessen Verwandte in Frage kommen, noch lebt oder nicht, ohne Einfluß zu sein. Der Vater meiner Frau ist und bleibt mein „Schwiegervater"; wenn meine Frau verstorben ist, wird er dadurch doch nicht mein „gewesener" oder „vormaliger" Schwiegervater. Und namentlich wenn Kinder vorhanden sind, steht er mir auch offenbar näher, als ein beliebiger unbetheiligter Dritter. Daher paßt, abgesehen von Sprachgebrauch, die ratio legis doch ganz gewiß auf diesen Fall[46]).

i. (mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern).

I. Auch hier schließt das Wort „oder" den Fall aus, wenn der Gemeinschuldner zu den Geschwistern des einen Ehetheiles gehört und mit einem der Geschwister des anderen Ehetheiles kontrahirt hat; z. B. wenn Adolph Penzer, dessen Bruder Benno Penzer die Carola Zwicker geheirathet hat, mit dieser letzteren einen Vertrag abschließt, so fällt er unter §. 24 Ziff. 2; schließt er ihn aber mit David Zwicker, dem Bruder der Carola, dann nicht mehr, denn dieser ist weder ein Bruder des Gemeinschuldners, noch ein Bruder des Ehegatten des Gemeinschuldners.

---

45) Erk. des RG. vom 7. Oktober 1882 (Blums Annalen Bd. VI S. 370). Ebenso die frühere Praxis des Berliner Obertribunals, z. B. Erk. v. 12. Mai 1871 (Entsch. Bd. 49 S. 356) und vom 7. September 1871 (Entsch. Bd. 67 S. 62). Letzteres zieht sogar „das Paktiren mit Beziehung auf eine zukünftige als Bedingung hingestellte Heirath" nicht hieher, „da es nicht das enge Band- und Familienverhältniß hervorbringt, welches zwischen Schwiegersohn und Schwiegereltern zu bestehen pflegt" (aber das Band zwischen Schwiegersohn und Schwiegermutter pflegt gewöhnlich nicht sehr intim zu sein).

46) Anderer Ansicht das Erk. des Berliner Obertribunals vom 12. Juli 1864 (Entscheid. Bd. 53 S. 349, Striethorst Bd. 55 S. 197) und ihm zustimmend Hartmann, Anfechtung S. 57 und v. Wilmowski S. 168. Wenn das Gesetz den Ausdruck: Verträge des Gemeinschuldners mit seinem „Verschwägerten" gebraucht hätte, so könnte man sich vielleicht auf die Bestimmung des Gemeinen Rechtes berufen, daß der Tod des Ehegatten die Affinität beende. Allein die „Verwandtschaft mit dem Ehegatten des Gemeinschuldners" hängt vom Leben des Ehegatten nicht ab, wie denn bekanntlich z. B. die Eheverbote zwischen dem verwittweten Ehegatten mit den Verwandten seines verstorbenen Ehegatten durch den Tod nicht beseitigt werden.

II. Voll- und halbbürtige Geschwister gibt es nur unter den Blutsverwandten; ein Adoptirter wird nur Adoptivbruder, aber weder vollbürtiger Bruder, noch halbbürtiger Bruder; sonach ist ein Vertrag, welchen der Gemeinschuldner A mit dem von seinem Vater adoptirten B oder mit dem Adoptivbruder seiner Ehefrau geschlossen hat, der Anfechtung nach §. 24 Ziff. 2 nicht unterworfen[47]).

k. (oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen).

I. Diese Alternative bezieht sich auf beide vorhergehende Alternativen; es sind sowohl die Ehegatten der Verwandten in auf- und absteigender Linie als jene der voll- und halbbürtigen Geschwister gemeint. Wenn also der Gemeinschuldner A mit seiner Schwiegermutter einen Vertrag schließt, so fällt dieser hieher, weil dieselbe eine Verwandte seiner Ehefrau in aufsteigender Linie ist, aber ebenso fällt hieher der Vertrag mit seiner Schwiegertochter und mit seiner Schwägerin, denn die erste ist Ehefrau einer mit ihm in absteigender Linie verwandten Person, nämlich seines Sohnes, und die andere Ehefrau seines Bruders oder auch des Bruders seiner Frau[48]).

II. Die im ersten Alinea der Ziff. 2 enthaltene Ausdehnung auf bevorstehende Ehen ist im Schlußsatze des zweiten Alinea nicht wiederholt. Daher ist der Vertrag mit Jemandem, der nachträglich eine Ehe mit einer der in Alinea 2 genannten Personen eingegangen hat, nicht anfechtbar nach dieser Gesetzesbestimmung[49]). Hierüber herrscht Einstimmigkeit[50]). Was aber die Voraussetzung des ersten Alinea „während der Ehe“ betrifft, so bedurfte es deren Wiederholung nicht. „Ehegatten“ gibt es nur bei „bestehender Ehe“; wird die Ehe durch Tod oder Scheidung gelöst, so ist kein „Ehegatte“ mehr vorhanden, sondern ein „Wittwer“, ein „vormaliger Ehemann“ u. s. w.[51]). Verträge des Gemeinschuldners mit geschiedenen Ehegatten oder Wittwern und Wittwen seiner Verwandten und Geschwister oder den Verwandten und Geschwistern seines vormaligen Ehegatten gehören daher nicht unter den §. 24 Ziff. 2.

---

47) Bei der Seitenlinie erwähnt das Gesetz nur den ersten Grad, sonach gehören Geschwisterkinder natürlich nicht hieher.

48) Hie und da nennt man die Schwester der Frau des Bruders (namentlich wenn sie hübsch ist) auch noch „Schwägerin“; diese gehört aber nicht mehr zu den in §. 24 Ziff. 2 Abs. 2 gemeinten Personen.

49) Natürlich aber unter den sonstigen Voraussetzungen und Nachweisen.

50) Ich habe meine in der ersten Auflage vertretene entgegengesetzte Ansicht nach wiederholter Prüfung der Gründe, wie sie besonders in dem Erk. des Berliner Obertribunals v. 18. September 1862 (Entscheid. Bd. 49 S. 356) enthalten sind, aufgeben müssen.

51) Soweit ist das oben citirte Erk. v. 12. Juli 1864 allerdings richtig.

l. (benachtheiligt werden).

Es finden hier dieselben Grundsätze Anwendung, welche oben unter lit. d erörtert sind. Insbesondere muß der Abschluß des Geschäftes als solcher die Benachtheiligung der Gläubiger in sich schließen; anderweitige nachfolgende Ereignisse, soferne diese nicht lediglich durch den Inhalt des abgeschlossenen Geschäftes zu nachtheiligen werden, kommen nicht in Anrechnung.

Der ursprüngliche Entwurf [52]) enthielt übrigens diese Voraussetzung nicht; man nahm an, die Gläubiger würden ohnehin einen Vertrag des Gemeinschuldners mit seinen Verwandten nicht anfechten, wenn er ihnen nicht nachtheilig sei. Die Aufnahme des Zusatzes erfolgte auf Empfehlung von kaufmännischer Seite [53]).

m. (der andere Theile nicht beweist).

Zwischen den beiden Ziffern dieses Paragraphen waltet dieselbe Verschiedenheit hinsichtlich der Beweislast ob, wie bei den zwei Ziffern des §. 23. (Vgl. oben S. 338.) Handelt es sich um Handlungen in der Absicht einer Benachtheiligung der Gläubiger, so obliegt dem Anfechtenden der Beweis dieser Absicht und der Beweis der Kenntniß dieser Absicht auf Seite des anderen Theiles; gehört aber der letztere zu den in Ziff. 2 genannten Personen, so hat der Anfechtende nur den ersten Nachweis zu liefern, die mala fides wird vermuthet und Ehegatten oder Verwandte müssen ihrerseits die bona fides darthun.

n. (zur Zeit des Vertragsabschlusses).

Hier äußert demnach eine mala fides superveniens gleichfalls keine Wirkung (vgl. oben S. 323).

o. (die Gläubiger zu benachtheiligen).

Im I. E. lautete die Stelle: „seine Gläubiger zu benachtheiligen", und so wurde nach den Protokollen [54]) dieselbe in erster Lesung belassen; in zweiter Lesung blieb der Paragraph gleichfalls ohne Aenderung und sonach hat die Redaktionskommission die Aenderung gemacht. Es geschah dies [55]), um dem etwaigen Bedenken zu begegnen, „daß im Interesse von Gläubigern, deren Forderungen nach dem Vertragsabschlusse entstanden sind, weil sie damals noch nicht Gläubiger des Gemeinschuldners waren, dieses Geschäft nicht angefochten werden könne". Es ist demnach z. B. die Anfechtungs-

52) Der Pr. KO. folgend.

53) Ein Antrag des Abg. Dr. Goldschmidt, die obigen Worte zu streichen, wurde abgelehnt (K. Prt. S. 22).

54) S. 23. „Im Uebrigen (nämlich außer dem durch „Rechtshandlung" ersetzten Worte „Rechtsgeschäfte") wurde §. 24 unverändert angenommen.

55) Vgl. v. Sarwey S. (147) 173.

klage des A gegen ein von B am 1. Juli 1880 mit seiner Ehefrau geschlossenes Geschäft auch dann zulässig, wenn der Wechsel, welchen A in dem am 1. Dezember 1880 eröffneten Konkurse des B liquidirt, erst am 3. August 1880 von B acceptirt worden ist.

---

§. 25.

Unentgeltliche Verfügungen.

Anfechtbar sind[a]):

1) die in dem letzten Jahre[b]) vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen[c]), sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke[d]) zum Gegenstande hatten;

2) die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten[e]), sowie eine innerhalb dieses Zeitraumes von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr[f]) eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens[g]) seiner Ehefrau[h]), sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das[i]) Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag[k]) verpflichtet war.

I. E. §. 31 Abs. 2; II. E. §. 25; Pr. H.-E. — Pr. K.-O. §. 102 Nr. 2, §. 103 Nr. 3, 4, 5; B. P.-O. Art. 1223.

a. (Anfechtbar sind).

Der §. 25 der KO. enthält eine wesentliche Abweichung vom bisherigen Rechte; während nämlich die Paulianische Klage nach Gemeinem Rechte auch gegen Schenkungen eines Schuldners nur dann gegeben wird, wenn dieser sie in der Absicht seine Gläubiger zu beschädigen gemacht hat[1]), und während auch die meisten modernen Gesetzgebungen[2]) wenigstens das Be-

---

1) Nur bei der Verschenkung des ganzen Vermögens wurde diese Absicht als selbstverständlich angenommen, vgl. Seuffert, Pandekten S. 459 Note 14.

2) Die Motive zum II. E. S. 133 führen die einzelnen Legislationen detaillirt auf; übrigens war fast allgemein ein Zeitraum vor Beginn des Konkurses aufgestellt, innerhalb dessen dieses Bewußtsein als vorhanden angenommen wurde, z. B. in der Bayerischen Prozeßordnung (Art. 1222) 14 Tage vor Eröffnung des Verfahrens bezw. des Antrages auf dieselbe.

wußtsein des Schenkenden von seiner Zahlungsunfähigkeit zur Begründung der Anfechtung verlangen, wollte die Konkursordnung mit dieser Theorie brechen, und der I. E. hatte dies auch (freilich nur in Bezug auf die Ehegatten) gethan, indem er in §. 31 solche Schenkungen als „ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum anfechtbar" erklärte. Hinsichtlich der übrigen Schenkungen setzte indessen auch der I. E. bereits eine zweijährige Anfechtungsfrist fest und der II. E. (der unverändert zum Gesetze erhoben wurde) hat ganz allgemein wieder einen Zeitraum aufgenommen[3]), hinter welchen zurück die Anfechtung nicht reicht.

Sonach steht die Sache nun folgendermaßen:

I. Schenkungen, soferne sie innerhalb einer gewissen Frist vor Anfang des Konkurses geschehen sind, können angefochten werden ohne Rücksicht, ob damals der Schenker bereits konkursmäßig war oder nicht, ob er die Absicht hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen, oder nicht, ob der Beschenkte von dem Vermögenszustande seines Schenkers etwas wußte oder nicht.

---

3) Die Motive (zum II. E. S. 134) argumentiren noch ganz allgemein und eben so treffend wie scharf folgendermaßen: „Von der guten oder bösen Absicht des Schuldners darf die Anfechtbarkeit seiner Schenkungen nicht abhängen; den Gläubigern verschlägt es wenig, ob der Schuldner aus Großmuth, aus Eitelkeit, um seinen Kredit aufrecht zu erhalten, oder um seine Gläubiger zu betrügen, die Schenkung vorgenommen hat. Er hat sie nicht befriedigt, sie finden keine hinreichende Befriedigungsmittel, die Schenkung hat ihnen Mittel zur Befriedigung entzogen. Und wenn den Beschenkten sein bester Glaube nicht davor schützen soll, den Gläubigern die Bereicherung herauszugeben, welchen Unterschied soll es für ihn machen, ob sein Schenkgeber die Treue gegen seine Gläubiger bewahrt oder verletzt hat? Wer einen Vortheil ohne rechtlichen Anspruch unentgeltlich erlangt, muß demjenigen weichen, welcher dadurch von seinem Rechtsanspruch etwas einbüßen müßte. Der Satz: nec videtur injuria affici is, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur (fr. 6 §. 11 D. 43, 8) findet auf den Beschenkten gleichmäßig Anwendung, mag ein Betrug des Schenkgebers nicht von ihm gekannt oder überhaupt nicht begangen sein." Dieser Entschiedenheit ist nun aber (wie ich vermuthe) in irgend einem Zwischenstadium „des Gedankens Blässe angekränkelt" worden und die Motive bemerken deshalb auf einer späteren Stelle: „Die Anfechtung muß allerdings der Zeit nach beschränkt sein. Dies erfordert die Lage des Beschenkten; er darf nicht gezwungen werden, redlich, wenn gleich ohne Entgelt, erworbenes Eigenthum nach später Zeit wieder herauszugeben". Aber fragt man gemäß dem bekannten Sorites (Cicero Academ. Priora II 16. 49): „Ist denn gerade ein Jahr eine späte Zeit, warum nicht zwei oder drei oder vier u. s. w.?"

II. Ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Vornahme können Schenkungen angefochten werden, wenn sie in der Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen wurden und der Beschenkte diese Absicht kannte[4]).

III. Wenn endlich eine Schenkung nach dem Antrage auf Eröffnung des Konkurses stattgefunden hat, bedarf es gleichfalls keines Nachweises böser Absicht[5]).

b) (in dem letzten Jahre).

Hier finden die zu §. 24 lit. b gemachten Bemerkungen gleichfalls Anwendung.

c. (unentgeltliche Verfügungen).

I. Der Ausdruck „unentgeltliche Verfügungen" ist kein technischer der bisherigen Rechtssprache[6]). Man kann denselben auslegen als „Erwerb aus einer auf Bereicherung eines Anderen mittels eigener Vermögenseinbuße abzielenden Handlung des Gemeinschuldners",[7]) oder man kann darunter alle „Fälle rechtloser Bereicherung eines Dritten"[8]) verstehen. Die Motive (zum I. E. S. 171) verweisen auf das Bürgerliche Recht und identifiziren

---

4) Denn dann findet eben §. 24 Nr. 1 Anwendung, da jede Schenkung unter den allgemeinen Begriff „Rechtshandlung" fällt. In solchen Fällen wird übrigens die Kenntniß der Absicht sich leicht aus den Umständen ergeben.

5) Dies ist der Fall, in welchem auch §. 23 Nr. 1 anwendbar wäre; es ist aber hiebei vorausgesetzt, daß vom Antrage auf Eröffnung des Verfahrens bis zur wirklichen Eröffnung mehr als ein Jahr verflossen ist (was wohl kaum je vorkommen wird); denn außerdem ist jener Fall schon durch §. 25 gedeckt. Für die Zahlungseinstellung kann er ebendeshalb mit Rücksicht auf §. 26 überhaupt nicht konstruirt werden.

6) Er ist auch nicht korrekt. (A. M. v. Sarwey S. 179 Nr. 3, welcher ihn durchweg vertheidigt) Denn die „unentgeltlichen Verfügungen" par excellence sind die letztwilligen, ferner Dienstleistungen aus Gefälligkeit, z. B. Kommodat, unentgeltliche Aufbewahrung von Sachen (v Savigny, R. R. Bd. 4 S. 10) u. s. w. Diese gehören aber gar nicht hieher. Ferner ist eigentlich jede „Verfügung", die nicht honorirt wird, eine unentgeltliche; wird z. B. ein Kaufvertrag geschlossen, so erhält für die dadurch veranlaßte Verfügung (das ist die Vertragsaufnahme) weder der Käufer noch der Verkäufer, sondern der Notar und dessen Schreiber ein „Entgelt". Es ist endlich nicht korrekt, die „Unentgeltlichkeit" auf den Geber zu stellen, statt auf den Erwerber; der Erwerb geschieht ohne Entgelt, veranlaßt aber wird derselbe durch Freigebigkeit (liberalitas). Die B. Pr.-Ordnung Art. 1223 Ziff. 2 hatte weit richtiger den Ausdruck: „freigebige Verfügungen".

7) Fitting §. 16 Nr. 2.

8) v. Wilmowski S. 169.

den obigen Ausdruck mit „Schenkung". Ich glaube jedoch nicht, daß beide Bezeichnungen sich vollständig decken[9]), was nicht unerhebliche praktische Folgen hat. Wenn sich daher auch im Allgemeinen der Satz aufstellen läßt: jede Verfügung, welche im Civilrecht als Schenkung der Widerruflichkeit unterliegt, unterliegt auch gegebenen Falls der Anfechtung nach §. 25 Ziff. 1, so ist er doch nicht ausreichend. Vor Allem dürfen jene Handlungen des späteren Gemeinschuldners nicht hieher gerechnet werden, welche lediglich einen vermögensrechtlichen Vortheil, ohne eine Vermögensvermehrung, gewähren[10]), z. B. Bürgschaftsübernahme, Pfandbestellung für eine eigene Schuld, auch wenn sie erst nach geschehener Darlehenshingabe und freiwillig erfolgt[11]), und die in derselben Kategorie stehenden ähnlichen Verfügungen[12]). Remuneratorische Schenkungen[13]) fallen unter §. 25[14]) und müssen der Anfechtung unterliegen[15]), nicht aber solche unentgeltliche Verfügungen, in

---

9) Auch Mandry siehe Note S. 305 oben.

10) A. A. Otto S. 131 ff., Petersen S. 144, v. Wilmowski S. 170.

11) Erk. des RG. v. 7. Oktober 1882 (Entscheid. Bd. VI S. 85; Blums Annalen Bd. VI S. 371).

12) Das Berliner Obertribunal hat auf Grund des analogen §. 102 Nr. 2 der Pr. KO. folgende Fälle nicht als „Freigebigkeiten" erklärt: 1) Zuwendungen unter der Verpflichtung des Bedachten, sich mit einer dritten Person zu verheirathen (Striethorst Bd. 49 S. 333). 2) Anerkenntniß einer während der Minderjährigkeit gemachten Schuld (Striethorst Bd. 31 S. 308). (In erster Auflage hielt ich diese Entscheidungen als mit der KO. nicht mehr verträglich. Nach dem in voriger Note citirten reichsgerichtlichen Erkenntnisse mußte ich aber mich reformiren.)

13) Der unglückselige Brief, welchen ein gewisser Regulus dem Rhetor Nicostratus geschrieben und welcher die berühmte vielbestrittene lex 27 de donationibus (über Widerruflichkeit remuneratorischer Schenkungen) veranlaßte, spielt nach nunmehr über tausend Jahren also auch noch in unserer modernen Konkursordnung eine Rolle!

14) Urtheil des OAG. zu Celle v. 17. April 1868 in Seuffert's Archiv Bd. 22 Nr. 196 und das Erk. des Berliner Obertribunals v. 14. September 1869 in den Entsch. Bd. 62 S. 356.

15) Die Ausnahme (vgl. lit. d) wird auch hieher zu beziehen sein. Wenn der Gemeinschuldner, der seine goldene Uhr im Badhüttchen vergessen hatte, dem Diener, der sie ihm brachte, ein Zweimarkstück schenkte, wird wohl Niemand nach der Konkurseröffnung an eine Anfechtung denken. Dagegen glaube ich, daß eine unverhältnißmäßige Schenkung selbst dann von den Gläubigern wird angefochten werden können, wenn sie aus Dankbarkeit wegen Lebensrettung erfolgte, obwohl nach Gemeinem Rechte eine solche keinem Widerrufe unterliegt. „Unverhältnißmäßig" — nicht zum geleisteten Dienste (denn das gerettete

denen sich der Schenkungscharakter nur darin kundgibt[16]), „daß mir, ohne daß ich Etwas bekomme, lediglich Etwas erspart wird". Wenn der Bankier A den Finanzrath B wöchentlich zweimal zum Diner eingeladen hatte, so wurde dadurch dem B allerdings im Laufe des Jahres eine gewisse Summe erspart; allein es wird, wenn nun über A der Konkurs ausbricht, der Finanzrath B nicht im Wege der Anfechtungsklage zum Ersatz für die genossenen Speisen und Weine angehalten werden können. — Wer ein fremdes Kind zur Pflege und Erziehung zu sich nimmt, bereichert dadurch den Vater, dem diese Pflege obliegt, oder das Kind selbst, wenn dasselbe vaterlos und vermögend ist[17]). Kommt nun der Pflegevater in Konkurs, so können wohl die Gläubiger die Mittel zur ferneren Fortsetzung dieser „unentgeltlichen Verfügung" versagen[18]), allein eine Anfechtung auf das letzte Jahr zurück nach §. 25 Ziff. 1 findet gewiß nicht statt, wie das R. R. für diesen Fall auch einen Widerruf nicht gewährt[19]). Wechselseitige Schenkungen, donationes sub modo[20]), Geschäfte, welche theilweise entgeltlich, theilweise unentgeltlich sind (die sog. negotia mixta[21]), sind nach §. 25 anfechtbar, soweit sie eine Schenkung enthalten.

Leben ist ja unschätzbar), sondern zur Sitte. Wenn Bankier A seinem Arzte, weil er ihn glücklich über eine Lungenentzündung hinüberbrachte, tausend Mark übersendet, ist dies, auch wenn einige Monate später der Konkurs ausbricht, kaum zu beanstanden. Wenn er ihm aber sein ganzes Vermögen oder ein Paar Landgüter zum Präsent gemacht hätte, wäre doch wohl §. 25 Ziff. 1 anwendbar.

16) Windscheid, Pandekten §. 365 Note 14; Brinz, Pandekten (I. Aufl.) S. 1544.

17) v. Savigny, R. R. Bd. 4 S. 84.

18) Vgl. oben S. 84; das Pflege-Kind gehört nicht zur Familie des Kridars.

19) Die Stellen des R. R., welche diesen Fall behandeln, fr. 34, fr. 27 §. 1 D. de negot. gestis (3, 5) und l. 11, 13, 15, C. de neg. gestis (2, 19), sollen indessen nach v. Savigny S. 86 nicht alle Seiten desselben vollständig erschöpfen.

20) „Schenkungen, welche unter einer von dem Geschenknehmer zu leistenden Bedingung oder zu einem gewissen von ihm zu erfüllenden Endzwecke gegeben worden, sind im zweifelhaften Falle den lästigen Verträgen gleichzuachten". Pr LR. Th, I Tit. XI §. 1053. Aber nur „im zweifelhaften Falle". In Seuffert's Archiv (Bd. XI S. 153 und Bd. XVI S. 447) finden sich zwei oberstrichterliche Entscheidungen, welche die Schenkung des Vermögens gegen Alimentation des Schenkers der actio Pauliana unterworfen erklären.

21) Z. B. Verkauf eines 100,000 Mk. gewertheten Hauses um 50,000 Mk. in der Absicht, die Hälfte des Kaufpreises dem Käufer zu schenken.

II. Die Pr. K.-O. hatte in §. 102 Ziff. 2 sich folgendermaßen ausgedrückt: „freigebige Verfügungen des Gemeinschuldners, insbesondere Schenkungen, Erbs- und Vermächtnißentsagungen, ingleichen solche Verfügungen, welche zwar unter einem lästigen Titel vorgenommen, aber wegen des zwischen der Leistung des Gemeinschuldners und der Gegenleistung obwaltenden erheblichen Mißverhältnisses als freigebige Verfügung des Gemeinschuldners zu erachten sind".

Dieser Quelle folgend enthielt §. 30 des I. E. dieselbe Spezifikation in kürzerer Fassung: „Entsagung von Anfällen, Erbschaften und Vermächtnissen sowie alle Verfügungen des Gemeinschuldners, welche er unentgeltlich oder gegen ein nur scheinbares Entgelt vorgenommen hat". Wenn nun der II. E. (der, wie oben erwähnt, unverändert zum Gesetz erhoben wurde) diese Aufzählung der einzelnen Arten von unentgeltlichen Verfügungen unterläßt, so darf daraus nicht etwa gefolgert werden, daß dieselben nicht mehr unter den §. 25 fallen sollen; denn die Motive (zum II. E. S. 136) sagen:

„Selbstverständlich umfassen die unentgeltlichen Verfügungen auch Entsagungen und Verzichte; es verdient dies wegen der Entsagungen von Erbschaften und Vermächtnissen hervorgehoben zu werden".

Sonach soll im Allgemeinen auch diese letztgenannte Art von Handlungen eines Gemeinschuldners[22]) nach den Bestimmungen des obigen Paragraphen beurtheilt werden; ich sage aber „im Allgemeinen", weil hiefür die Verschiedenheit der Erbrechte eine große Verschiedenheit der faktischen Anwendung der betreffenden Bestimmungen bewirken muß. Es ist oben (zu §. 22 S. 307) bereits davon gesprochen worden, daß ein reines „Unterlassen" des Schuldners sich der Anfechtung entzieht. „Nicht anfechtbar ist — sagen die Motive (zum II. E. S. 116) — ein Verhalten des Schuldners, welches sein Vermögen nicht um einen bereits erworbenen Bestandtheil vermindert, sondern welches nur die Vergrößerung desselben um einen möglichen Erwerb ausschließt; selbst eine positive Handlung ist unanfechtbar, wenn sie lediglich ein „nolle acquirere", nicht ein „diminuere" enthält. Hat erst die Handlung den Erwerb ausgeschlossen[23]), so liegt keine Verletzung der Gläubiger

22) Für die im Obligationenrechte vorkommenden Verzichte ist die Frage nicht zweifelhaft; der Verzicht des Gemeinschuldners auf eine Konventionalstrafe z. B. mindert dessen Vermögen durch eine positive Handlung; hier kann Niemand daran denken, die Anfechtung auszuschließen.

23) „Dunkel ist der Rede Sinn"; wenn erst eine bestimmte Handlung den Erwerb ausschließt, möchte wohl ein förmlicher Verzicht vorliegen und dieser ist doch anfechtbar. Ich möchte lieber lesen: „Ist ohne eine Handlung der Erwerb ausgeschlossen;" denn das acquirere nolle ist ja an sich das „Nichtwollen einer Handlung" und nur, insoweit das Nichtwollen auch einen Entschluß kostet, ein „Thun."

vor, es ist in keinem Moment ein zu ihrer Befriedigung verwendbares Mittel vorhanden gewesen, ihnen also auch nicht entzogen worden. Die Gläubiger dürfen wohl verlangen, daß das gesammte Vermögen ihres Schuldners in allen Bestandtheilen, ohne Rücksicht auf die Zeit, wann[24]), oder auf die Art, wodurch dieser oder jener Bestandtheil erworben wurde, zu ihrer Befriedigung verwendet werde — es kann ihnen aber kein Recht darauf zugestanden werden, daß der Schuldner behufs ihrer Befriedigung etwas erwerbe[25])."

Demnach kommen auch hinsichtlich der Frage, welche Nichterwerbungen von Erbschaften und Vermächtnissen anfechtbar sind, dieselben Momente in Betracht, wie sie oben (S. 82 ff.) für die Frage erörtert wurden, ob vor der Konkurseröffnung angefallene Erbschaften und Vermächtnisse zur Masse gehören. Entscheidend ist das maßgebende bürgerliche Erbrecht und folgendermaßen kann man die Sache zusammenfassen:

1) Wo die Gesetzgebung Erbschaften und Vermächtnisse als sofort mit dem Anfalle erworben ansieht, muß eine Ausschlagung anfechtbar sein; denn sie verminderte das Vermögen des Gemeinschuldners um die bereits entstandene Mehrung[26]).

2) Wo aber der Anfall nach dem betreffenden Civilrechte nur als die Möglichkeit der rechtlichen Erwerbung sich darstellt und diese Erwerbung schon durch ein völlig passives Verhalten des Berufenen beseitigt wird, also der Nichterwerb kein (wenn auch nur negatives) Thun desselben voraussetzt, kann dieses passive Verhalten nicht angefochten werden[27]).

---

24) Dies limitirt sich nach der gegenwärtigen Konkursordnung auf die Zeit bis zur Eröffnung des Konkurses (vgl. S. 45 ff).

25) Wenn Jemand, der nachträglich in Konkurs geräth, eine ihm offerirte Schenkung nicht angenommen hatte, wird dieses „Nichtannehmen" sicherlich nicht angefochten und etwa der Gemeinschuldner zur Annahme gezwungen werden können oder der Schenker gehalten sein, das Geschenk nun von dem Konkursverwalter annehmen zu lassen.

26) Nach Gemeinem Rechte wird die Abstinenz eines suus et necessarius heres nur als ein „nolle acquirere" erklärt (vgl. oben S. 83 Note 90); die Motive zum I. E. (S. 170) bemerken mit Recht, daß ohngeachtet dieser Auffassung die Geltendmachung des beneficium abstinendi ebenso wie die Repudiation eines Legates als eine Veräußerung anzusehen und daher anfechtbar sei.

27) Die Motive des I. E. a. a. O. wollen auch ein solches Verhalten als anfechtbar erklären; sie gehen davon aus: „daß das Recht zur Erlangung des Eigenthums an der Erbschaft, dem Vermächtnisse u. s. w. ein vor dem Erwerbe und unabhängig von ihm existentes Vermögensrecht sei und dessen Aufgabe daher eine Veräußerung enthalte." Allein diese Ansicht hängt mit der (abgelehnten und im Gesetze in entgegengesetzter Richtung normirten)

III. Die Pr. K.=O. §. 102 Nr. 1 und die B. Pr.=O. Art. 1224 und 1227 hatten Verträge, durch welche der Gemeinschuldner Gegenstände seines Vermögens auf Leibrenten gegeben hat, ohne Rücksicht auf bösen oder guten Glauben des Gemeinschuldners und des Rentenverkäufers für anfechtbar erklärt, soferne sie innerhalb zweier Jahre vor der Konkurseröffnung geschlossen werden. Bei der Berathung in der Justizkommission beantragte Abg. Hullmann die Aufnahme dieser Bestimmung in das Gesetz (K. Prt. S. 23 und 24); allein der Antrag wurde (besonders mit Rücksicht auf die dadurch mögliche Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes der Rentenbanken) abgelehnt. Indessen darf nicht außer Acht gelassen werden, daß, soferne durch einen Leibrentenvertrag eine Verkürzung der Gläubiger beabsichtigt wurde, das Geschäft nach §. 24 Ziff. 1, und daß bei offenbarer Unverhältnißmäßigkeit von Leistung und Gegenleistung ein derartiger Vertrag nach §. 25 Ziff. 1 angefochten werden kann.

IV. Das Einf.=Ges. zur K.=O. beläßt alle reichsgesetzlichen Vorschriften in Kraft. Darunter gehört auch Art. 259 des A. D. HGB., so daß das hier gewährte Recht, die im letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses dem stillen Gesellschafter geleistete Rückzahlung seiner Einlage anzufechten, neben dem aus §. 25 Ziff. 1 folgenden Rechte bestehen. Vgl. hierüber die Erläuterungen zu §. 3 des Einf.=Ges.

d. (gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke).

Die Motive bezeichnen diese Gelegenheitsgeschenke als solche, „welche nicht dazu bestimmt sind, den Beschenkten zu bereichern, sondern nur ihm ein Zeichen der Zuneigung zu geben[28])“. Ebendeshalb hatte der I. E. §. 30 noch den Beisatz gemacht „von geringem Betrage“, welcher im Gesetze fehlt. Indessen darf aus dem Wegfallen dieser Worte nicht geschlossen werden, daß es nunmehr auf den Betrag nicht mehr ankomme. Denn bei der Beurtheilung der Frage, ob Etwas blos ein „gebräuchliches Gelegenheits=

Bestimmung des §. 9 des I. E. zusammen. Ausführlich und sehr scharfsinnig erörtert die Frage über das jus succedendi und seine Stellung zur Konkursordnung Hullmann in seinem Kommentare S. 50 ff. Ich will hiebei nicht unterlassen zu bemerken, daß dortselbst (S. 51), im Gegensatze zu der von mir oben S. 72 vertretenen Ansicht, behauptet ist, wo Gemeines Recht gelte, gehöre eine dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung angefallene, von ihm aber erst nach der Konkurseröffnung angenommene Erbschaft dennoch zur Masse, weil diese Annahme zurückbezogen werden müsse, wofür sich auf ein Erk. des OAG. zu Celle berufen wird. Ich kann diese Ansicht indeß nicht theilen.

28) Vgl. das Erk. des AG. Celle in Seuffert's Archiv Bd. 24 S. 67 über ein Geschenk von zwei Korblehnstühlen.

geschenk" sei, wird der Werth des Geschenkten wesentlich in Betracht zu kommen haben. Wenn z. B. der Gemeinschuldner ein gewöhnlicher Kaufmann ist und seinem Firmpathen eine goldene Uhr schenkt, so wird der Richter hierin nur ein „gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk" finden; wenn er aber gelegentlich der Firmung ein Haus im Werthe von 100,000 Mark geschenkt hatte, so macht eben der Werth des Geschenkes dasselbe zu einem solchen, welches bei einer derartigen Gelegenheit nicht gebräuchlich ist. Es ist hiefür[29]) nach meinem Dafürhalten die Vorschrift anwendbar, welche das Gemeine Recht hinsichtlich der Liberalitäten aufstellt, zu denen ein Vormund im Namen des Mündels befugt ist. Geburts- und Namenstagsgeschenke, Weihnachten, Neujahr (wo les étrennes üblich sind), Pathengeschenke, besondere Gratifikationen[30]), Trinkgelder u. s. w.[31]) fallen hieher, auch Hochzeitsgeschenke[32]), nicht aber die Gewährung eines Heirathsgutes[33]).

e. (zu Gunsten seines Ehegatten).

I. Schenkungen unter Ehegatten sind nach Gemeinem Rechte ungiltig und nach Französischem[34]) stets widerruflich. Soweit nun dies nicht der

---

29) Nach dem oben S. 360 angegebenen Prinzipe.

30) Hieher gehören, wie bereits oben (S. 359 Note 15) erwähnt, auch remuneratorische Schenkungen, die sich innerhalb der hergebrachten Sitte und Gränzen halten. Ich würde, wie bemerkt, z. B. ein wenn auch erhebliches Geschenk an den Arzt für eine glücklich gelungene Operation, eine den damaligen Vermögensverhältnissen entsprechende Belohnung, welche der Bankier A dem Taglöhner B dafür gibt, daß dieser den Sohn des A aus dem Wasser zog, allerdings unter die „gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke" rechnen. Wegen Morgengabe siehe unten.

31) Alimente (cf. fr. 1 §. 2 u. 4 D. de tutelae etc. [27, 3]) werden in der Regel geschuldete Leistungen sein; allein wenn der Gemeinschuldner darin auch über seine Pflicht hinausgegangen wäre, wird man seine Handlung, insoweit sie nicht das „gebräuchliche" Maß überschreitet, kaum anfechten können.

32) Diese sind nach R. R. (fr. 1 §. 5 D. [27, 3]) als eine „muneratio non necessaria" erklärt, indessen haben sich darin wohl die modernen Sitten geändert (vgl. Glück, Pandekten Bd. XXX S. 340).

33) Nach R. R. konnte der Vormund die vollbürtige Schwester des Mündels dotiren, allein, obwohl eine sittliche Verpflichtung hiefür anerkannt wurde, nicht die halbbürtige (fr. 12 §. 3 D. 26, 7). Jedenfalls schließt §. 25 Ziff. 2 der KO. eine solche Dotirung in beiden Fällen aus. Wo dagegen eine vertragsmäßige oder gesetzliche Verpflichtung zur Ausstellung vorliegt, kann zwar vielleicht der Vertrag selbst, nicht aber die Hingabe der dos angefochten werden.

34) Code civil Art. 1096. Der Widerruf steht hier unzweifelhaft dem Konkursverwalter zu.

Fall[35]), oder der Begriff „Schenkung" und „unentgeltliche Verfügung" sich nicht deckt, müssen wenigstens den Gläubigern gegenüber derartige Zuwendungen besonders strenge beurtheilt werden. Das Pr. LR. (Th. II Tit. I §. 312) ließ Schenkungen eines in Konkurs verfallenen Ehegatten „ohne Unterschied der Zeit, wann sie gemacht werden", von den Gläubigern widerrufen und diesem Prinzipe folgte der I. E. (§. 31). Das Gesetz ist milder und beschränkt die Zeit auf zwei Jahre. Für die Berechnung derselben gilt das oben (§. 24 lit. d) Gesagte.

II. Die im §. 24 Ziff. 2 enthaltenen Qualitäten des Ehegatten werden auch hieher zu beziehen und die Schenkungen an einen geschiedenen Ehegatten nur nach §. 25 Ziff. 1 zu beurtheilen sein.

Dagegen fallen unentgeltliche Verfügungen zu Gunsten des Ehegatten, auch wenn diese vor dem Eheabschluß erfolgt sind, hieher. Man könnte dies bezweifeln, weil die Quelle (Pr. KO. §. 103 Nr. 3) nur die freigebigen Verfügungen, welche der Gemeinschuldner zum Vortheile seines Ehegatten nach geschlossener Ehe vorgenommen hat, erwähnte. Allein gerade daß das Gesetz einen veränderten Ausdruck wählte, scheint mir darauf hinzuweisen, daß es sich dieser beschränkenden Norm nicht anschließen wollte[36]).

Zweifelhaft ist, ob hieher auch die Morgengabe zu zählen sei[37]); denn obwohl solche eine „Freigebigkeit an die Ehefrau nach geschlossener Ehe" bildet, läßt sich doch nicht verkennen, daß sie sich wenigstens ihrer Natur nach[38]) im Allgemeinen der Behandlung als bloße Schenkung unter Ehegatten entzieht. Indessen wird nach der Tendenz der KO. dennoch das Recht der Gläubiger als vorwiegend zu erachten sein[39]).

---

35) Z. B. nach Preußischem Rechte, Pr. LR. Th. II Tit. I §. 310: „Geschenke unter Eheleuten sind wie unter Fremden gültig".

36) Ebenso v. Wilmowski S. 172.

37) Natürlich die nicht zum Schein gegebene; lag eine Absicht, die Gläubiger zu verkürzen, vor, so findet schon nach den früheren §§. jedenfalls Anfechtung statt.

38) Sie ist eine Gegengabe, und zwar eine ehrenvolle (Bluntschli, Deutsches Privatrecht §. 155), und kann nicht revozirt werden. Ebenso entschied das Berliner Obertribunal in einem Erk. v. 31. März 1853; vgl. Striethorst Bd. X S. 26.

39) Ich hatte in der ersten Auflage dieselbe für unanfechtbar erklärt; die Gründe des Reichsoberhandelsgerichtlichen Erkenntnisses vom 16. Januar 1877 (Entscheidungen Bd. XXI S. 295) bestimmen mich, diese Ansicht aufzugeben. Besonders scheint mir die Erwägung Ausschlag gebend, daß, soweit die Frau durch die Morgengabe einen reinen Vermögensvortheil (ohne alle onerose Gegenleistung) erhält, die Tendenz des Gesetzes deren Gleichstellung dieser Zuwendung mit allen anderen Freigebigkeiten erfordert.

III. Ob die in Ziff. 1 gemachte Ausnahme hinsichtlich der Gelegenheitsgeschenke nicht auch zu Ziff. 2 hätte bezogen werden sollen, kann bezweifelt werden; es wird eigenthümlich aussehen, wenn die Ehefrau der Konkursmasse auch alle ihr am Namenstage, zu Weihnachten u. s. w. in den letzten zwei Jahren vom Manne geschenkten Kleinigkeiten zurückgeben muß. Allein so wie das Gesetz lautet, glaube ich nicht, daß sich hiegegen Etwas einwenden läßt[40]).

IV. Die Pr. K.=O. §. 103 Nr. 5 und die B. Pr.=O. Art. 1223 Nr. 3 enthielten eine Bestimmung, welche allen Quittungen, Anerkenntnissen oder Zugeständnissen, die der Gemeinschuldner seinem Ehegatten abgegeben, jede Wirkung den Gläubigern gegenüber entzog. Die Motive (zum II. E. §. 138) bemerken hierüber: „soferne eine verpflichtende Erklärung des Gemeinschuldners in solchen Schriftstücken bekundet ist, fällt entweder die Verpflichtung unter die nach §. 24 und 25 anfechtbaren Rechtsgeschäfte und dann bedarf es keiner weiteren Bestimmung für dieselbe, oder aber es greift keiner der in jenen Paragraphen enthaltenen Anfechtungsgründe Platz und dann besteht auch kein Anlaß, dieselben anfechten zu lassen. Soferne aber durch obige Dokumente nur eine Thatsache beurkundet wird, liegt eine Beweisurkunde vor und diese unterliegt ohnehin der freien Beweiswürdigung des erkennenden Richters".

f. (Sicherstellung oder Rückgewähr).

Wenn der Ehemann das seiner Frau gehörige Vermögen aus der Verwaltung und Nutznießung entläßt, so könnte man zwar dies als Schenkung[41]) erklären wollen und schon unter den ersten Satz der Ziff. 2 subsumiren. Allein um jeden Zweifel auszuschließen, wird dieser Fall, unter Ausdehnung auf die bloße Sicherstellung, welcher wohl kaum als Schenkung bezeichnet werden könnte, ausdrücklich erwähnt. Die „Sicherstellung" erscheint als Einräumung eines Absonderungsrechtes[42]) und ist die desfallsige

---

40) Ebenso Otto S. 135, v. Sarwey S. (155) 183, v. Wilmowski S. 172, A. A. Fitting §. 16 Note 12, Fuchs S. 53, Mandry S. 521, Stieglitz S. 157, Wengler S. 226.

41) Denn auch der Besitz kann geschenkt werden (fr. 46 D. 24, 1), und es ist ja das Aufgeben einer Servitut ohne Entgelt auch als eine Schenkung anzusehen (fr. 17 D. 8, 4).

42) Denn der im Gesetze gebrauchte allgemeine Ausdruck ist in dieser Weise beschränkend auszulegen. Wenn der Ehemann A bewirkt, daß sich für das Heirathsgut seiner Frau Freund B verbürgt, so ist diese „vom Ehemanne bewirkte Sicherstellung" weder von den Gläubigern noch von dem Freunde B nach §. 25 Ziff. 2 anfechtbar.

Vorschrift mit §. 12 in Verbindung zu bringen. Was hier für die Zeit nach der Konkurseröffnung gegenüber allen Personen verboten ist, wird der Ehefrau gegenüber schon für einen zweijährigen Zeitraum vor der Eröffnung des Konkurses untersagt; nur ist die Ehefrau insoweit wieder besser gestellt, daß ein vor der kritischen Zeit[43]) erworbener Anspruch allerdings noch in dinglichen Vollzug gesetzt werden darf.

Die „Rückgewähr" begreift nicht nur die faktische Zurückgabe, sondern auch die Einräumung eines Aussonderungsrechtes. Es ist also z. B. anfechtbar, wenn der Ehemann die ihm von dem Schwiegervater als Heirathsgut der Frau übergebenen Staatspapiere innerhalb der kritischen Zeit der Frau aushändigt, aber ebenso, wenn er dieselben zwar in Händen behält, sie aber auf den Namen der Frau vinkuliren läßt.

Die Sicherstellung und Rückgewähr ist anfechtbar, auch wenn sie nicht gerade der Person der Ehefrau selbst geleistet worden (denn das Gesetz sagt: „seiner Ehefrau", nicht „an seine Ehefrau"[44]). Dieser Satz ist sehr folgenreich[45]). Kluge Gantirer pflegen nämlich derartige Geschäfte stets „auf Umwegen" zu machen und diesen kann man auf Grund des §. 25 Ziff. 2 sehr wohl begegnen. Z. B. das von Graf X seiner an Baron Y verheiratheten Tochter gegebene Heirathsgut besteht in dem Landgute Feldkirchen; Baron Y bemerkt, daß er nicht mehr lange sich halten könne, und läßt das Landgut am 1. Juli 1880 wieder auf seinen Schwiegerpapa zurückschreiben; am 1. Januar 1882 bricht über ihn der Konkurs aus. In diesem Falle brauchen die Gläubiger nicht erst die in §. 24 Ziff. 1 enthaltene Voraussetzung nachzuweisen, daß Graf X die Absicht des Baron Y, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gekannt habe; sondern sie können das Geschäft als eine innerhalb zwei Jahren vor der Konkurseröffnung geschehene Rückgewähr eines Heirathsgutes anfechten[46]). Aber auch Fälle wie der folgende ziehe ich hieher: der Oberkellner Anton heirathet die Bräuerstochter Anna, welche ihm 50,000 Mark in Pfandbriefen in die Ehe bringt. Anton kauft ein Haus um 100,000 Mark, läßt es auf seinen Namen ein-

---

43) Die gesetzliche Verpflichtung datirt nämlich den Anspruch auf unbestimmte Zeit. Ist freilich die Ehe erst innerhalb der zwei Jahre geschlossen, so ist auch der gesetzliche Anspruch nicht vor der kritischen Zeit entstanden; allein dann rechtfertigt sich die Ausnahme wegen anderer Gründe.

44) Dies hob in der Berathung Abg. Hullmann hervor, vgl. K. Prt. S. 23.

45) Auch in Bezug auf die Rechtsnachfolger vgl. unten lit. h III 2.

46) Da indessen hier die Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, bei allen Parteien ziemlich klar vorliegt, wird auch schon §. 24 Ziff. 1 genügenden Schutz gewähren.

tragen, zahlt 25,000 Mark aus dem ihm zur Verwaltung und Nutznießung überlassenen Vermögen seiner Frau, verwendet die anderen 25,000 Mark auf Einrichtung des Hauses in ein Gasthaus und wirthschaftet. Die Sache prosperirt nicht, er merkt, es geht abwärts, uud nun verkauft er am 1. Juli 1880 das Haus an seinen Freund Karl um 120,000 Mark, der es um denselben Preis einige Monate später an die Frau Anton wieder verkauft. Am 1. Januar 1882 bricht der Konkurs über Anton aus. Nach meiner Meinung steht den Gläubigern das Recht zu, auf Grund des §. 25 Ziff. 2 die beiden Geschäfte anzufechten. Die Einkleidung in zwei Käufe hindert nicht, in dem Ganzen nur eine auf Umwegen bewirkte „Rückgewähr des ehefräulichen Vermögens" zu erkennen.

g. (eines Heirathsgutes oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens).

Der Unterschied, welchen diese Fassung im Sinne hat, besteht darin, daß „Heirathsgut" von dem obigen Paragraphen betroffen wird ohne Rücksicht, ob dem Manne daran ein Verwaltungsrecht zusteht[47]), anderes Vermögen aber nur dann, wenn es in die Verwaltung des Mannes nach dem Gesetze gekommen ist[48]). Daß dem Manne auch die Nutznießung zustehe, ist nicht erforderlich und nur in abstracto muß es in die Verwaltung kommen, nicht auch in concreto, das heißt es muß nicht etwa thatsächlich vom Ehemanne in Händen gehalten werden. Z. B. Privatier A in München (also unter Herrschaft des Bayer. Landrechts) gibt seiner Tochter neben der eigentlichen dos von 10,000 Mark noch ein Paraphernalgut von 10,000 Mark mit. Fräulein A heirathet den Agenten B, welcher aber das Geld nicht an sich nimmt, sondern es seiner Frau, die sich als Modistin etablirt, als Betriebskapital überläßt. B macht schlechte Spekulationen und kommt in Konkurs; wenn er nun innerhalb der zwei Jahre vor dessen Eröffnung auf Andringen seines Schwiegervaters für die 20,000 Mark Hypothek auf einem ihm gehörigen Hause bestellt hat, so können die Gläubiger diese Bestellung auf Grund des §. 25 Ziff. 2 (zweiter Satz) anfechten (soferne faktischer Anlaß besteht); für die dos ohnehin (wie oben bemerkt), für das Paraphernalgut aber auch, denn es ist „gesetzlich", wenn auch nicht „thatsächlich", in die Verwaltung des Mannes gekommen.

Ausgeschlossen ist nach der Fassung der obigen Stelle der KO. der Fall,

---

47) Daher z. B. eine dos, über welche der Konstituent sich die Verwaltung vorbehalten hätte.

48) Also z. B. nach Bayerischem Rechte das Paraphernalgut, nach Preußischem Landrechte alles nicht vorbehaltene Vermögen u. s. w. Vgl. hierüber die Ausführungen oben S. 88 ff.

wenn die Ehefrau ihrem Manne freiwillig ihr Vermögen in Verwaltung gegeben hat[49]). Wird demnach vom Ehemanne die Morgengabe oder ein vorbehaltenes Vermögen (nach Pr. LR.), das Rezeptizgut (nach Bayer. LR.), welches ihm die Ehefrau zur Verwaltung übergeben hat, zurückgewährt oder für dasselbe Sicherheit bestellt, so läßt sich dies nach §. 25 Ziff. 2 Satz 2 nicht anfechten.

h (seiner Ehefrau).

I. Das Gesetz richtet sich nur gegen Transaktionen mit der Ehefrau; Verträge, welche die Sicherstellung oder Rückgewähr eines in Händen des Vaters befindlichen Kindergutes betreffen, fallen — einen sofort unten zu erwähnenden Fall ausgenommen — nicht unter das obige Verbot. Aber auch nicht soferne es sich um Vermögen des Ehemannes handelt[50]). Gesetzt es ist (wegen Unzurechnungsfähigkeit oder aus sonst welchen Gründen) das Vermögen des Ehemannes A in die Verwaltung seiner ein Handelsgeschäft betreibenden Frau gekommen, und diese — bemerkend, daß sie in Abwesen geräth — stellt dies Vermögen innerhalb der kritischen Zeit hypothekarisch sicher, so findet hierauf §. 25 Ziff. 2 Satz 2 keine Anwendung.

II. Die in §. 24 Ziff. 2 gegebene Norm ziehe ich auch hierher; eine geschiedene Ehefrau ist nicht als „Ehefrau" im Sinne obiger Bestimmung zu erachten, ebenso nicht diejenige Frau, deren Ehe als nichtig erklärt wurde. Man könnte daran deshalb zweifeln, weil der in der Pr. KO. an dieser Stelle gebrauchte Beisatz „in stehender Ehe" weggeblieben ist. Allein ich glaube, dies ist nicht geschehen, um auch Fälle der getrennten oder aufgelösten Ehe heranzuziehen, sondern um den Abschluß derartiger Verträge im Brautstande, wenn die Ehe nachfolgte, zu treffen[51])

III. Die Pr. KO. §. 103 Nr. 4 stellte den Rechtsnachfolger der Ehefrau dieser vollkommen gleich, die KO. läßt diese Gleichstellung unerwähnt. Man muß hier dreierlei Rechtsnachfolger unterscheiden:

1) den Universalsuccessor. Nach §. 33 der KO. findet die gegen die Ehefrau begründete Anfechtung auch gegen die Erben derselben statt; also auch wenn die Kinder die Erben sind. Allein dies kann unmöglich ganz

---

49) Die Pr. KO. §. 103 Nr. 4 sagt nur: „wegen des in seine Verwaltung gekommenen Vermögens". Auffallenderweise enthalten die Motive keine Begründung dieser höchst wichtigen Aenderung. Und doch hätte sie einer solchen wohl bedurft; denn wie jetzt die Sache steht, ist die Ehefrau wegen desjenigen, was sie dem Ehemanne in Händen lassen muß, schlechter daran, als in Betreff dessen, was sie freiwillig in Gefahr gebracht hat.

50) Und hiefür finde ich keinen legislativen Grund; indessen lex ita scripta.

51) Obwohl ein solcher Fall schwer zu konstruiren sein dürfte, ohne daß die Ausnahme des Schlußsatzes der Ziff. 2 des §. 25 Platz greift.

allgemein gelten, wie folgendes Beispiel zeigt: Kaufmann Anselm heirathet die Erbtochter des Fabrikanten Brille und erhält ein Heirathsgut von 100,000 Mark mit der im Ehevertrage enthaltenen Bestimmung, daß bei Ableben der Frau das Eigenthum auf die etwaigen Kinder übergehen, dem Wittwer aber lebenslänglich Nutznießung und Verwaltung bleiben soll. In der Ehe werden zwei Kinder geboren, im 2. Wochenbette, am 1. Juli 1880, stirbt Frau Anselm. Fabrikant Brille, welcher der Geschäftslage seines Schwiegersohnes nicht traut, bringt denselben nach längerem Drängen dahin, daß er das Muttergut der Kinder hypothekarisch auf dem ihm zugehörigen Hause versichert und dies geschieht am 1. Februar 1881. Am 1. März 1882 bricht über Kaufmann Anselm der Konkurs aus. Soll hier die Hypothekbestellung angefochten werden können? Ich glaube nicht und argumentire so: von einer gegen die verstorbene Ehefrau bereits begründeten Anfechtung kann in diesem Falle nicht wohl gesprochen werden; denn in dem Momente der Sicherung handelte es sich nicht um eine Illatenforderung mehr, sondern um ein einfaches Kindergeld, dessen Abstammung ohne rechtlichen Einfluß sein muß. Anders liegt der Fall, wenn in obigem Beispiele die Ehefrau Anselm am 1. Juli 1881 stirbt und der Fabrikant Brille die Hypothekbestellung vom 1. Februar 1881 zu Gunsten seiner Tochter erwirkt hatte. Hier müssen sich die Kinder die Anfechtung gefallen lassen, weil sie bereits gegen ihre Erblasserin (in thesi) begründet gewesen ist. Somit ergibt sich der Satz: erfolgte die Rückgewähr oder Sicherung des Heirathsgutes vor dem Tode der Ehefrau, so stehen deren Erben unter der Anfechtung nach §. 25 Ziffer 2 der KO. Würde aber erst nach dem Tode der Ehefrau mit den Erben gehandelt, so richtet sich die Anfechtbarkeit nach den allgemeinen Principien.[52])

2) den Rechtsnachfolger in die versicherte Forderung oder dritten Besitzer des rückgewährten Heirathsgutes. Ein solcher kann sich strenge genommen in keiner anderen Lage befinden, als der §. 33 Abs. II überhaupt für den Rechtsnachfolger desjenigen statuirt, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen wurde.

3) den Erwerber einer Illatenforderung. Für diesen stellt sich die Sache wesentlich anders; zwar die Motive erkennen dies nicht an, sie sagen[53]): „mit der gültigen Veräußerung einer Illatenforderung oder eines anderen den gesetzlichen Rechten des Mannes unterliegenden Vermögensgegenstandes an einen Dritten fallen, selbst wenn man in dessen Händen der Sache die Natur eines Eingebrachten noch zusprechen wollte, jeden-

---

52) Ebenso v. Wilmowski S. 174.

53) Zum I. E. S. 177. Dieser folgt v. Sarwey S. (157) 186.

falls die für die Ausnahmsbestimmung maßgebenden, in der rechtlichen Stellung der Ehegatten untereinander beruhenden Gründe hinweg; der etwaige Mißbrauch wird durch §. 33 genügend beseitigt". Diese Anschauung vertrat auch bei der Berathung Reg.-Rath Hagens. Hiegegen äußerte nun Abg. Hullmann: „das Gesetz betreffe nur die Rückgewähr des Vermögens der Frau, spreche aber nicht blos von der Rückgewährung an die Frau; wenn die Frau ihren Anspruch zedirt habe und dem Dritten das Vermögen zurückgewährt worden sei, so falle dies als unzeitige Rückgewähr des Vermögens unter §. 25 Ziffer 2. Ob die Sicherstellung bezw. Rückgewähr an die Ehefrau direkt oder an einen Zessionar erfolge, sei völlig gleichgültig." Geh. Justizrath Hertz bemerkte nun: „selbstverständlich habe, wie schon von dem Abg. Hullmann bemerkt sei, der Rechtsnachfolger der Ehefrau gegen den Ehemann dieselbe actio wie die Frau selbst. Um lediglich den Fall einer Zession zu treffen, sei also der Antrag Frankenburger nicht nöthig[54])". Nachdem darauf hin der Antrag zurückgezogen wurde, scheint mir die Bestimmung des Gesetzes ohngeachtet der entgegenstehenden Motive doch dahin auszulegen zu sein, daß der Rechtsnachfolger in eine ungesicherte Illatenforderung, soferne er Singularsuccessor ist, derselben Anfechtung wie die Ehefrau selbst unterliegt.[55])

i. (durch das Gesetz).

Im Allgemeinen bietet die Auslegung dieser Bestimmung keine Schwierigkeiten; es sind darunter solche gesetzliche Vorschriften verstanden, welche dem Ehemanne die Verwaltung des eheftäulichen Vermögens nur gegen Kaution einräumen[56]). Zweifelhaft aber ist es, ob unter obigem Ausdruck auch jene Vorschriften der einzelnen bürgerlichen Rechte gemeint sind, in denen der Ehefrau die Befugniß Rückgewähr oder Sicherstellung ihres Vermögen zu begehren gerade wegen Konkursmäßigkeit des Ehemannes zugesprochen wird[57]). Ich halte diese Bestimmungen (wie bereits früher erwähnt) nicht für prozessuale, sondern materiell rechtliche, und zwar nicht konkursrechtliche, sondern zum Eherechte gehörige. Nachdem nun §. 1 Abs. II der KO. diese Vorschriften sogar während des Konkurses wirksam sein läßt, muß nach meinem

---

54) Es war nämlich in der Justizkommission von Abg. Frankenburger die Wiederherstellung der Pr. KO. beantragt; vgl. K. Prt. S. 23.

55) Ebenso Fitting §. 16 Not. 12. Hullmann S. 148. Petersen S. 148. Stieglitz S. 161. v. Wilmowski S. 172.

56) Z. B. nach Pr. LR. Th. II Tit. I §. 227, wenn dem Manne ausnahmsweise auch die Verwaltung des vorbehaltenen Vermögens der Frau eingeräumt wird.

57) Vgl. oben S. 87 Ziff. 2.

Dafürhalten dies um so mehr für die Zeit vor dem Konkurse gelten. Ich nehme daher an, der §. 25 Ziff. 2 Satz 2 findet dann keine Anwendung, wenn die Sicherstellung oder Rückgewähr in Folge Konkursgefahr des Ehemannes erfolgte unter der Herrschaft eines Gesetzes, welches in diesem Falle der Ehefrau die Befugniß jene Sicherstellung oder Rückgewähr zu verlangen einräumt[58]).

k. (vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag).

Nachdem das Gesetz ganz allgemein spricht, wird nach meinem Dafürhalten nicht ein Vertrag über den Akt der Sicherstellung oder Rückgewährung selbst erfordert[59]), sondern es genügt, wenn dafür nur eine allgemeine Verpflichtung eingegangen wurde[60]).

Ein Fall, welcher nach der allgemeinen Ausdrucksweise obiger Stelle von der Anfechtung getroffen wird, scheint mir kaum in der Absicht des Gesetzgebers gelegen zu sein. Wenn nämlich die Verpflichtung zur Sicherstellung bereits in den Ehepakten enthalten ist (und — setzen wir z. B. voraus — Zug um Zug gegen Uebergabe der dos auch vollzogen wird), der Konkurs aber vor Ablauf von zwei Jahren nach Abschluß der Ehe ausbricht, wäre diese Sicherstellung nach dem Wortlaute des Gesetzes anfechtbar. Gehen wir auf die Quelle zurück, welche ich in Art. 1223 Nr. 1 der Bayr. Pr.-O. suche, so waren hier nur solche Verträge gemeint, die zwar innerhalb zweier Jahre **vor** der Konkurseröffnung, aber **nach** eingegangener Ehe das Eherecht für Gantschuldner und dessen Ehegatten anders gestalten, als es vorher bestimmt war. Dies läßt sich rechtfertigen, ein Mehreres nicht. Indessen nach dem Grundsatze „lex dura sed ita scripta" glaube ich kaum, daß die Gerichte die restriktive Interpretation der Schlußworte des §. 25 dahin annehmen werden: „durch einen vor diesem Zeitraume, **aber nach eingegangener Ehe** geschlossenen Vertrag", obwohl ich sie für richtig hielte.

58) Ich meine hier natürlich nur die lediglich gegen die Ehefrau gegebene Anfechtung; soweit überhaupt die Erfüllung von Rechtsansprüchen gegen jeden Gläubiger nach der KO. anfechtbar ist, schützt auch ein derartiges Gesetz die Ehefrau nicht gegen Anfechtung.

59) Also nicht das Versprechen, für die dos eine Hypothek auf diesem oder jenem bestimmten Hause zu bestellen.

60) Die Frage, welcher Form ein solcher Vertrag bedarf, ob z. B. das mündliche Versprechen Hypothek zu bestellen (in Bayern Angesichts des Art. 14 des Notariatsgesetzes) genügt, ist keine konkursrechtliche.

§. 26.

Ausschluß der Anfechtung.

Rechtshandlungen[a]), welche früher als sechs Monate[b]) vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt[c]) sind, können aus dem Grunde einer Kenntniß[d]) der Zahlungseinstellung[e]) nicht angefochten werden[f]).

I. E. §. 32; II. E. §. 26; P. H. E. — Pr. K. O. §. 122 Abs. 4. B. P. O. —

a. (Rechtshandlungen).

Die Bedeutung dieses Ausdruckes ist bereits bei §. 6 (oben S. 133), §. 22 (oben S. 305) und §. 24 (oben S. 343) erläutert worden.

b. (früher als sechs Monate).

Ueber die Berechnung der Monate gibt die KO. selbst und geben die Motive keinen Aufschluß. Ich glaube, es muß auch hier (vgl. oben S. 331) die Civilprozeßordnung (§. 200) analog angewendet werden[1]); es sind also nicht etwa 6 × 30 Tage[2]) und auch nicht die wirklichen Monatstage[3]) zu zählen, sondern die Kalendermonate. Demnach wäre also dasselbe Datum ein halbes Jahr früher entscheidend und derjenige Tag des sechsten Monates rückwärts maßgebend, welcher durch seine Zahl dem Tage der Konkurseröffnung entspricht. Z. B. der Konkurs wird am 1. Juli 1880 eröffnet und zwar Vormittag 10 Uhr; in diesem Falle erscheint eine Rechtshandlung, welche am 1. Januar 1880 Nachmittag 3 Uhr oder auch Morgens 6 Uhr[4]) vorgenommen wurde, anfechtbar; wenn am 31. Dezember 1879, der Anfechtung entzogen[5]). Wenn nun aber der letzte Monatstag der Tag der Eröffnung des Konkurses gewesen ist und der treffende Monat ein halbes Jahr zurück hat kein solches Datum, was dann? Z. B. der

---

1) Ebenso Fitting S. 151 Note 20, v. Sarwey S. 187. Entgegengesetzter Meinung: Petersen S. 151, Stieglitz S. 162, v. Wilmowski S. 176, welche die Berechnung nach gewöhnlichem bürgerlichen Rechte annehmen.

2) Im kaufmännischen Verkehre zählt der „Monat“ (in abstracto) 30 Tage, der halbe Monat (A. D. WO. Art. 32 letzter Absatz) 15 Tage.

3) Also nicht etwa (unter Zuschlag des jeweiligen 31.); 182 Tage, wie dies auf Grund der l. 2 D. de statu homin. (1,5) gemeinrechtlich angenommen wird.

4) Auf die Stunde kommt es nämlich nach §. 200 der Civ.-Pr.-O. nicht an; die in diesem Paragraphen für die vorauslaufende Frist gebrauchten Worte „mit Ablauf desjenigen Tages“ müssen für zurückgerechnete Fristen lauten: „vor Beginn desjenigen Tages“ u. s. w.

5) Analog der Berechnung der Verfallzeit bei Wechseln.

Konkurs wurde eröffnet an einem 31. August; sechs Monate rückwärts trifft der Februar, welcher keinen 31. hat. In diesem Falle ist der letzte Tag des betreffenden Monats entscheidend, und also der 28. oder (wenn das Jahr ein Schaltjahr ist) der 29. Februar der Endpunkt des Anfechtungsrechtes [6]). Nimmt man nun die analoge Anwendung der Civilprozeßordnung für Berechnung der Frist (auf Grund des §. 65 der KO.) an, so ergibt sich die weitere Frage, ob auch die dort normirten Frist-Hemmungen gelten. Ich glaube nicht. Für §. 201 der C.-Pr.-O. wird dies kaum bezweifelt werden, die Gerichtsferien haben mit den anfechtbaren Handlungen offenbar nichts zu thun; schon die ratio legis schließt eine analoge Anwendung der betreffenden Vorschrift aus. Aber auch §. 200 Abs. 2, welcher bestimmt, daß die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages endigt, wenn das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt, paßt offenbar nicht zu einer analogen Anwendung auf §. 26 der KO. Denn die Sonntage und Feiertage schließen die Vornahme gerichtlicher Handlungen aus, nicht aber die Handlungen des Verkehrslebens im Allgemeinen [7]).

c. (erfolgt sind).

Die Entwürfe haben anstatt des Ausdruckes „erfolgt" das Wort „vorgenommen"; dasselbe wurde bei der Berathung [8]) geändert [9]) — wohl deshalb, weil man auch jene Vorgänge an die Ausschlußfrist knüpfen wollte, welche nicht auf einer speziellen Thätigkeit, auf einer „Vornahme" Seitens des Gemeinschuldners beruhen.

Es handelt sich übrigens, wie der §. 26 lautet, nur darum, wann die „Rechtshandlung" erfolgt ist, welche angefochten werden soll; diese muß innerhalb der sechs Monate liegen, nicht etwa die Zahlungseinstellung. Soferne also auf Grund des §. 23 Ziff. 2 eine Rechtshandlung angefochten werden soll, welche nicht nach der Zahlungseinstellung, sondern an einem der letzten zehn Tage vor derselben erfolgt ist, muß der treffende Tag noch in die sechsmonatliche Frist fallen. Z. B. der Konkurs über den Kaufmann A wird am 1. Juli 1880 eröffnet, und es will ein Geschäft angefochten werden, welches er am 27. Dezember 1879 abgeschlossen hatte; in

---

6) Für das Wechselrecht entschieden in Art. 32 Nr. 2, Vgl. Erkenntniß des Berliner Obertribunals v. 29. Juni 1852 (Striethorst Bd. 6 S. 210 und Archiv f. WR. Bd. III S. 424). Ebenso §. 200 der Civ.-Pr.-O.

7) Ebenso Fitting §. 16 Note 20, Stieglitz S. 162, v. Wilmowski S. 176. Anderer Ansicht v. Sarwey S. 187.

8) K. Prt. S. 225.

9) Im analogen §. 6 ist aber das ursprüngliche Wort stehen geblieben.

diesem Falle wird es dem Anfechtungskläger Nichts nützen, wenn er behauptet, der A habe seine Zahlungen erst am 4. Januar 1880 — demnach nicht früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung — eingestellt[10]).

d. (einer Kenntniß).

Der §. 23 Ziff. 1 enthält als Voraussetzung für die Anfechtung nur die Kenntniß der Zahlungseinstellung, die Ziff. 2 aber außerdem noch die Kenntniß von der Absicht des Gemeinschuldners, den Anfechtungsbeklagten vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen. Es fragt sich nun: wie stellt sich die sechsmonatliche Ausschlußfrist zu dieser Alternative? Das heißt, wenn es auch klar ist, daß in dem dem vorigen Beispiele zu Grunde liegenden Falle dem Anfechtungskläger der §. 26 entgegensteht, falls er die Anfechtung darauf stützen will, daß am 27. Dezbr. 1879 der Gegenkontrahent Kenntniß von der bevorstehenden Zahlungseinstellung hatte: kann er nicht durchdringen, falls er die Anfechtung darauf stützt, daß dem Gegenkontrahenten die Absicht des Gemeinschuldners, ihn von den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war? — Nach dem Wortlaute des §. 26 unzweifelhaft; denn da es in demselben heißt, eine sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgte Rechtshandlung könne aus dem Grunde einer Kenntniß von der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden, so ergibt sich argumento e contrario: „wohl aber aus anderen Gründen." Und für die Fälle der §§. 24 und 25 ist dies auch wahr. Allein was die bloßen Begünstigungen einzelner Konkursgläubiger (nach §. 23 Ziff. 2) anlangt, so muß man Angesichts der (unter lit. f. dargelegten) Erwägungen, welche den §. 26 überhaupt veranlaßt haben, nothwendigerweise zu der Annahme gelangen, daß nur die Fassung desselben etwas unklar ausgefallen ist und daß überhaupt die Berufung auf eine Zahlungseinstellung, welche angeblich vor mehr als sechs Monaten von der Konkurseröffnung rückwärts erfolgt sein soll, ausgeschlossen werden wollte. Da nun aber in §. 23 Ziff. 2 auch die Begünstigungsabsicht stets nur in Verbindung mit der bereits erfolgten oder bevorstehenden Zahlungseinstellung gedacht wird, so erachte ich es für unzulässig, eine Rechtshandlung, welche früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung erfolgt ist, überhaupt auf Grund des §. 23 Ziff. 2 anzufechten.

e. (Zahlungseinstellung).

Die Pr. KO. hatte in §. 122 Abs. 4 (beim kaufmännischen Konkurse)

---

10) Freilich kann sich, wie oben (S. 332) bemerkt, schwerlich darauf berufen werden, der Gegenkontrahent habe beim Geschäftsabschluß am 27. Dezember 1879 von der erst am 4. Januar 1880 erfolgenden Zahlungseinstellung schon Kenntniß gehabt. Vgl. übrigens die folgende Erläuterung zu lit. d.

neben der Festsetzung des Tages der formellen Konkurseröffnung auch die Bestimmung des Anfanges der materiellen Insolvenz durch das Gericht vorgeschrieben. Diesen Weg schlägt das gegenwärtige Gesetz nicht ein; es bestimmt nur eine Gränze, über welche hinaus eine Anfechtung wegen Zahlungseinstellung nicht mehr zugelassen werden soll. „Der erkennende Richter wird zwar", — sagen die Motive (zum I. E. S. 178) — „wenn er den Begriff der Zahlungseinstellung richtig anwendet, und mit ihr nicht eine Zahlungsstockung oder das Unterlassen einer einzelnen Zahlung verwechselt, nur in seltenen Fällen zu der Annahme gelangen, daß die Zahlungseinstellung schon länger als sechs Monate der Konkurseröffnung vorhergegangen sei. Die Fälle sind aber, wie die Erfahrung lehrt, nicht unmöglich; sie sind namentlich bei einem ausgedehnten und verwickelten Geschäftsbetriebe des Gemeinschuldners, sowie beim Absterben desselben hervorgetreten[11])". Ueberzeugt sich nun auch der Richter, daß wirklich die Zahlungseinstellung zu der Zeit der angefochtenen Handlung bereits vorlag, so muß er doch, wenn diese Handlung früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung fällt, die Anfechtung zurückweisen, und zwar auf Grund der Rechtsfiktion, daß diese Eröffnung nicht mit der damaligen Zahlungseinstellung zusammenhängt. (Vgl. die folgende Erörterung.)

f. (nicht angefochten werden).

Die Bedeutung des vorstehenden Paragraphen ist folgende: Die Anfechtung hat (wie oben erörtert) verschiedene Zeitpunkte des Geschäftsabschlusses zu ihrer Voraussetzung; diese Zeitpunkte sind a) die Eröffnung des Verfahrens, welcher Zeitpunkt nach §. 100 vom Gericht bestimmt wird; b) der Antrag auf Eröffnung des Verfahrens, ein Zeitpunkt, der durch den Gerichtseinlauf stets urkundlich bewiesen werden kann, und c) die Zahlungseinstellung. Dieser letztere Zeitpunkt ist schwankend, er steht nicht sofort formal und urkundlich fest, er muß von demjenigen, der daraus Rechte ableitet, bewiesen werden. Da aber nicht jede Zahlungseinstellung das in der Konkursordnung gewährte Anfechtungsrecht begründen soll, sondern nur eine solche Zahlungseinstellung, auf welche nachträglich die Eröffnung eines Konkurses auch wirklich erfolgt, so ist der Termin von sechs Monaten aufgestellt worden, innerhalb dessen allein die Anfechtung gewahrt bleibt. Das Gesetz nimmt also an, daß, wenn auf eine Zahlungseinstellung hin nicht innerhalb längstens einem halben Jahre der Konkurs ausbricht, sich der Schuldner von dieser Zahlungseinstellung wieder erholt hat, und wenn dann ein

11) Die Ansicht eines Oberlandesgerichts, als ob der Tag der Zahlungseinstellung überhaupt nicht früher fallen könne als 6 Monate vor der Konkurseröffnung, ist vom RG. im Erk. vom 25. März 1882 (Entsch. Bd. VI S. 110) als irrig erklärt.

Konkurs später doch ausbricht, dieser Konkurs andere, nachträglich erst entstandene Ursachen hat[12]). Indessen darf man den §. 26 nicht etwa so auffassen, daß für die Zahlungseinstellung innerhalb 6 Monaten von der Konkurseröffnung zurück die Vermuthung spreche, sondern dieselbe muß stets von dem darauf sich Berufenden bewiesen werden[13]). Z. B. am 10. Juli 1880 wird über den Bankier A der Konkurs eröffnet; der Konkursverwalter bringt vor: „am 1. Dezember 1879 habe A sämmtliche ihm präsentirte Wechsel in Protest gehen lassen, und am 2. Dezember sein Comptoir gesperrt, seitdem auch dasselbe nicht wieder geöffnet; er habe indessen doch noch Geschäfte gemacht und insbesondere am 10. Dezember 1879 der Vereinsbank für seinen Contocorrentsaldo fünfzig Stück Oesterreichische Nationalbankaktien in Depot gegeben, welches Geschäft als nach der Zahlungseinstellung erfolgt auf Grund des §. 22 Nr. 2 nunmehr angefochten werde". Obwohl nun hier eine Zahlungseinstellung am 2. Dezember 1879 effektiv vorliegt, auch die Vereinsbank für ihre Forderung eine Deckung, welche sie nicht beanspruchen konnte, nach der Zahlungseinstellung erhielt, ist die Anfechtung doch ausgeschlossen, weil die Konkurseröffnung erst sieben Monate nachher erfolgte und das Gesetz daher annimmt, A habe sich von seiner damaligen Zahlungseinstellung wieder erholt gehabt und die später durch die Konkurseröffnung konstatirte Insolvenz habe mit derselben keinen Zusammenhang[14]).

Die sechsmonatliche Ausschlußfrist ist für den Fall Nr. 1 wie Nr. 2 des §. 23 gültig, dagegen natürlich für jene Anfechtungen ohne Bedeutung, welche einen betrüglichen oder unentgeltlichen Erwerb betreffen; derartige Rechtshandlungen sind anfechtbar, auch wenn die Zahlungseinstellung auf einen früheren Zeitpunkt zurückfällt.[15])

---

12) Als legislativen Grund für diese Theorie führen die Motive auf, daß „eine Unsicherheit uud eine Lähmung des Verkehrs entstehen würde, wenn es zulässig wäre, unbeschränkt in die fernste Vergangenheit zurückzugreifen".

13) Nach den im Civilprozeß überhaupt maßgebenden Vorschriften, welche ohnehin dem richterlichen Ermessen einen vollkommen genügenden Spielraum gewähren.

14) Diese Argumentation hat zwar im gegebenen Beispiele thatsächliche Momente für sich, man kann in dem Vorgange vor Dezember nur eine „Zahlungsstockung" erblicken, sie muß aber auch dann fingirt werden, wenn dies nicht der Fall ist, wenn z. B. Bankier A sein Geschäft vom 2. Dezember an nicht mehr fortgesetzt hätte; es ist eben Sache der Gläubiger, die Konkurseröffnung nicht hängen zu lassen, sondern auf deren Beginn zu bringen.

15) Vgl. hierüber Petersens scharfsinnige Ausführungen S. 150, denen v. Sarwey S. 187 gleichfalls beistimmt.

§. 27.

Wechselzahlungen.

Wechselzahlungen[a]) des Gemeinschuldners[b]) können auf Grund des §. 23 Nr. 1[c]) von dem Empfänger[d]) nicht zurückgefordert werden, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war[e]).

Die gezahlte Wechselsumme muß von dem letzten Wechselregreßschuldner[f]) oder, falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte, von diesem[g]) erstattet werden[h]), wenn dem letzten Wechselregreßschuldner oder dem Dritten zu der Zeit, als er den Wechsel begab oder begeben ließ[i]), einer der im §. 23 Nr. 1 erwähnten Umstände bekannt war[k]).

I. E. §. 33; II. E. §. 27; P. H. G. Art. 755 Abs. 2 u. 3; Pr. KO. §. 100 Abs. 2 u. 3; B. Pr. O. —

a. (Wechselzahlungen).

Der vorstehende Paragraph handelt nur von der Tilgung einer bestehenden Wechselschuld; das Wort „Wechselzahlungen“ soll also hier nicht „Zahlungen durch Wechsel“, sondern „Zahlungen von Wechseln“ bedeuten. Die Ausstellung eines Wechsels, die Acceptirung eines solchen, die Indossirung u. s. w. werden von der Ausnahme des §. 27 nicht betroffen, alle diese Handlungen gehören unter die Rechtsgeschäfte des §. 23 Ziff. 1, unter die Rechtshandlungen des §. 23 Ziffer 2 und §. 24 Ziff. 1, sowie je nachdem unter die entgeltlichen oder die unentgeltlichen Verfügungen des §. 24 Ziff. 2 und des §. 25. Es ist bereits oben S. 318 ff. bemerkt worden, daß Wechselausstellung und Wechselacceptirung als reine Verpflichtungshandlungen erscheinen und daher abgesehen von dem etwa unterliegenden Rechtsverhältnisse der Anfechtung unterworfen sind, soferne dieselben zu jener Zeit und unter den Voraussetzungen erfolgten, welche die KO. als zu einer Anfechtung führend erklärt. Die Indossirung des Wechsels ist gleichfalls wie jede andere Veräußerung zu behandeln, und zugleich, soferne der Indossant eine bis dahin für ihn noch nicht begründete Wechselhaftung übernimmt, wie die sonstige Eingehung einer Verbindlichkeit. Es fällt demnach hieher, wie erwähnt, lediglich die Zahlung eines Wechsels, und zwar muß das Wort „Zahlung“ strengstens interpretirt werden. Nur die wirkliche, kaufmännische Art der Tilgung einer Wechselverbindlichkeit durch Baarzahlung der Wechselsumme ist hierunter verstanden. Manipulationen durch Hingabe von Waaren und sonstigen Werthen an Zahlungsstatt sind von dem

Vorrechte des §. 27 nicht berührt[1]); ebensowenig eine Deckung des Wechselinhabers durch Depot, Hypothekbestellung und dergleichen[2]).

b. (des Gemeinschuldners).

„Wenn der Schuldner nach der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrag einem davon unterrichteten Gläubiger Zahlung anbietet, so kann dieser die Zahlung ablehnen, seine Forderung bleibt unverändert bestehen; sind dem Gläubiger außer dem Gemeinschuldner noch andere Personen solidarisch verhaftet, so kann er sich an diese halten. Der Wechselinhaber aber befindet sich in einer ausnahmsweisen Lage; die Wechselordnung verlangt zur Ausübung des Regresses gegen Aussteller und Indossanten die rechtzeitige Aufnahme des Protestes Mangels Zahlung (A. D. WO. Art. 41), ein Protest Mangels Zahlung kann aber nicht erhoben werden, wenn zur Verfallzeit der Wechselschuldner Zahlung anbietet. Sollte nun gegen den Wechselinhaber die Regel des §. 23 Nr. 1 aufrecht erhalten bleiben und dürfte er, sobald ihm eine Insolvenz des Wechselschuldners bekannt, eine Zahlung nicht mehr annehmen oder müßte er sie später auf die Anfechtungsklage hin wieder herausgeben, so würde er damit auch den Regreß gegen seine Vormänner verlieren." (Motive)[3]). Das Gesetz schützt also für diesen Fall den legitimen Wechselinhaber[4]), derselbe kann unter Umständen eine Wechselzahlung annehmen, auch wenn er die Konkursmäßigkeit des Zahlenden kennt.

Der allgemeine Ausdruck „Gemeinschuldner" zeigt, daß es einerlei ist, ob der Zahlende als der Bezogene und Acceptant der Tratte oder als Aussteller eines eigenen Wechsels Zahlung geleistet, soferne er nur zu derselben

---

1) Für Preußen könnte man dies bezweifeln wollen, da der Art. 30 des Einführungsgesetzes v. 23. Juni 1861 zum A. D. HGB. besagt: „das nach Art. 313—315 des A. D. HGB. begründete Zurückbehaltungsrecht kann im Konkurse über das Vermögen des Schuldners von der Gläubigerschaft unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe der Vorschriften der §§. 100 u. 101 Ziff. 1 der KO. v. 1855 angefochten werden." Da nun §. 100 der Pr. KO. in Abs. 2 u. 3 die Anfechtung der Wechselzahlung ausschließt, so scheint auch die Konstituirung eines Zurückhaltungsrechtes durch Ueberlassung von Wechselgegenständen für eine Wechselschuld zulässig. Indessen wird wohl diese Ausnahme als durch die neue Konkursordnung derogirt anzusehen sein.

2) Auch hier natürlich steht der Geldzahlung die Zahlung in Banknoten u. dgl. gleich. Vgl. oben S. 334.

3) In den Motiven (zum I. E. S. 180) sind auch die legislativen Gründe erörtert, weshalb man nicht den anderen Weg, die Aenderung der Bestimmungen über Wechselregreß, gewählt hat.

4) K. Prt. S. 25.

wechselrechtlich veranlaßt war[5]), sonach auch, wenn er nur Domiziliat, Nothadressat, Ehrenacceptant oder Ehreninterveniient gewesen ist[6]). Steht aber der Gemeinschuldner zum Wechsel in gar keiner Beziehung und zahlt er lediglich als unbetheiligter Dritter, so findet der §. 27 keine Anwendung. Z. B. der am 1. Juli in Konkurs gerathene Gutsbesitzer Adolph v. Adorf, welcher am 29. Juni seine Insolvenz bei Gericht angezeigt hat, zahlt am 30. Juni den von seinem Sohne, Lieutenant Benno von Adorf, dem Privatier Carl Zinsmayer ausgestellten eigenen Wechsel. Dies ist zwar eine „Wechselzahlung des Gemeinschuldners", allein diese Zahlung konnte Zinsmayer ablehnen, ohne seinen Anspruch gegen Lieutenant Benno v. Adorf zu verlieren; folglich kann dieselbe von dem Konkursverwalter angefochten werden. Wäre dagegen der fragliche Wechsel an die Ordre des Lieutenant v. Adorf von Graf Beheim ausgestellt, von Adorf an Zinsmayer und von diesem an den Agenten Wucherer girirt gewesen und der Vater Adorf hätte „zu Ehren" seines Sohnes gezahlt, so konnte Wucherer, ohne Regreßrechte zu verlieren, die Annahme des Geldes nicht verweigern[7]), und der §. 27 findet Anwendung.

Die wichtigste Folgerung aus obigen, die ratio legis enthaltenden Sätzen ist nun aber, daß die Zahlung a) eines gezogenen Wechsels durch den Aussteller oder eines gezogenen oder eigenen Wechsels durch den Indossanten und b) eines **nicht fälligen** Wechsels sich niemals des Vorrechtes nach §. 27 erfreuen kann, weil erst, wenn der Verfalltag gekommen, die Versäumniß der Präsentation und Protesterhebung, demnach auch die Ablehnung der angebotenen Zahlung den Regreß verlieren macht. Ebenso aber ist es mit einem schon früher verfallen gewesenen Wechsel. Denn entweder hat der Inhaber für diesen rechtzeitig Protest erheben lassen, dann ist sein Regreßrecht gewahrt, oder er hat dieses versäumt, dann ist dasselbe bereits ohnehin verloren. Daraus ergibt sich, daß der §. 27 nur diejenigen Wechsel berührt, deren Verfall zwischen der Zahlungseinstellung (bezw. dem Konkursantrag) und der wirklichen Konkurseröffnung oder (wegen Art. 41 der A. D. WO.) längstens am zweiten Werktage vor der Zahlungseinstellung eingetreten ist. (Vergl. übrigens noch unten lit. e.)

---

5) Wenn das Letztere nicht der Fall gewesen, fehlt die im §. 27 enthaltene Voraussetzung, da ja dann der Empfänger durch Zurückweisung der Zahlung nicht seinen Wechselanspruch gegen die Anderen verliert.

6) Vgl. Art. 41. 43. 62. 98 Nr. 6 u. 7. 99 der A. D. WO. Mithin tritt die Voraussetzung jedes Mal ein, wenn der wechselmäßige Regreß durch einen Protest Mangels Zahlung bedingt ist und ein solcher Protest noch nicht vorliegt. **Fitting** §. 16 Note 21.

7) Nach Art. 62 Abs. 3 der A. D. WO.

c. (auf Grund des §. 23 Nr. 1).

Nicht jede Anfechtung einer Wechselzahlung will das Gesetz ausschließen; erfolgte dieselbe von Seite des Gemeinschuldners in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen[8]), so findet natürlich der §. 24 Ziff. 1 Anwendung. Ebenso würde eine Anfechtung auf Grund des §. 23 Ziff. 2 zulässig sein, soferne deren thatsächliche Voraussetzungen in concreto vorliegen sollten[9]).

d. (vom Empfänger).

Es ist einerlei, ob der Empfang geschah in Folge freiwilligen Anerbietens des Schuldners, oder auf Andrängen des Gläubigers; es wird sogar der letztere Fall der gewöhnliche sein, da eine Zahlung vor der Fälligkeit überhaupt unzulässig erscheint, und fällige Wechsel stets zur Zahlung präsentirt werden müssen.

e. (zur Annahme der Zahlung verbunden war).

Die Fälle, in welchen eine solche Verbindlichkeit nicht besteht, lassen sich in zwei Kategorien scheiden. Dieselbe kann nämlich schon in abstracto von dem Wechselrecht ausgeschlossen sein, und dies tritt dann ein, wenn der Zahlende nicht zu jenen Personen gehört, welche oben in lit. b erwähnt sind; es muß also die Zahlung, um unter §. 27 subsumirt werden zu können, geschehen sein: vom Gemeinschuldner als Acceptanten an den Remittenten oder dessen Indossatar[10]), oder vom Gemeinschuldner als Acceptanten oder Aussteller eines trocknen Wechsels, oder von ihm als einem Domiziliaten, Nothadressaten, Ehreninterventienten oder Ehrenacceptanten. „Dagegen verdient hervorgehoben zu werden, daß die Vorschrift des §. 27 nicht Platz greift, falls der Aussteller eines gezogenen Wechsels oder falls der Indossant eines gezogenen oder eigenen Wechsels trotz Zahlungseinstell-

---

8) Z. B. beide Theile wußten, daß der Wechsel schon präjudizirt war, oder es liegt der Fall vor, daß schon die Wechselausstellung selbst rechtsungültig gewesen ist. Insbesondere also kann ein anfechtbarer Wechsel nicht dadurch der Anfechtung entzogen werden, daß er gezahlt wird.

9) Es wird dies aber nur dann möglich sein, wenn ein ungültiger Wechsel gezahlt wird; denn außerdem, wenn nämlich ein nichtfälliger Wechsel gezahlt oder ein Wechsel nicht gezahlt, sondern sonst der Inhaber gedeckt wird, ist §. 27 ohnehin nicht anwendbar, wie bereits oben erörtert wurde.

10) Hätte der Trassant den Wechsel gar nicht weiter begeben gehabt und der Bezogene würde ihn zahlen, so findet §. 27 keine Anwendung; denn nach Art. 44 der A. D. WO. bedarf es zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen den Acceptanten keiner Präsentation und Protesterhebung, und Regreßpflichtige sind nicht vorhanden; also ist die Voraussetzung, daß der Empfänger sein Wechselrecht verlieren würde, falls er die Zahlung zurückweist, nicht gegeben.

ung oder Konkursantrag den Wechsel eingelöst haben sollte. Denn in diesem Falle konnte der Inhaber, ohne seine Regreßrechte zu verlieren, die Einlösung ablehnen und sich an den Hauptwechselschuldner, sowie an die anderen Wechselverpflichteten halten". Die Motive (zum II. E. S. 143), welchen diese Stelle entnommen ist, begründen dieselbe durch Berufung auf Art. 48 der A. D. WO. Nach diesem, behaupten sie, habe zwar jeder Wechselschuldner, d. h. Jeder, der aus einem Wechsel direkt oder im Regreßwege belangt werden könne, das Recht, gegen Erstattung der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten die Auslieferung des quittirten Wechsels und des wegen Nichtzahlung erhobenen Protestes zu verlangen. Allein wenn der Inhaber die Annahme der von einer dieser Personen angebotenen Zahlung verweigere, so verliere er nicht seinen Regreß, sondern hafte nur für allen Schaden. Dies sei bei Berathung der Wechselordnung nach längeren Debatten beschlossen worden. Da jedoch die Annahme einer Zahlung von einem Insolventen gesetzlich unzulässig sei, so müsse diese Schadensersatz-Verbindlichkeit hinwegfallen, wenn der Anbietende bereits überschuldet ist[11]). — Nach meiner Meinung geht diese Aufstellung zu weit. Es ist aus den Berathungen der Wechselordnung keineswegs zu entnehmen, daß man die Folge des Regreßverlustes bei Verweigerung der Zahlungsannahme im obigen Falle beseitigen wollte[12]). Vielmehr wird man in Betreff der Folgen der Zurückweisung einer von einem Indossanten oder von dem Aussteller angebotenen Zahlung zwischen den Nachmännern und Vormännern des Anbietenden[13]) unterscheiden müssen. Auf die Nachmänner eines solchen Regreßschuldners muß die Nichtannahme der von ihm angebotenen Zahlung offenbar denselben Einfluß äußern wie die Nichtannahme einer von einem Intervenienten angebotenen Zahlung auf die Nachmänner des Honoraten, da der Regreßschuldner, welcher Zahlung anbietet, hier gewissermaßen für sich selbst intervenirt. Soferne also der als Aussteller oder Indossant die Zahlung anbietende Gemeinschuldner Nachmänner hat und der Wechselinhaber durch die Zurückweisung seine Regreßrechte gegen diese verlieren würde, muß er durch §. 27 im Falle der Annahme geschützt sein. Natürlich kann dies nur bei einem bereits vor der Zahlungseinstellung (oder dem Konkurs-

---

11) Hullmann S. 152, Petersen S. 154, v. Sarwey S. 192, v. Wilmowski S. 176 stimmen den Motiven bei.

12) Der ursprünglich vorgeschlagene Zusatz blieb nur hinweg, weil man kein bestimmtes Präjudiz aussprechen wollte; daß aber durch die Zurückweisung der Gläubiger jedenfalls in mora accipiendi versetzt werde, darüber war man einig. Vgl. Renaud, Wechselrecht §. 84 Note 16. Volkmar und Löwy, Wechselordnung S. 184.

13) Siehe Hoffmann, Wechsel-Ordnung S. 415.

antrage) protestirten Wechsel vorkommen, da ja Art. 48 der A. D. WO. die Ausfolgung des wegen Nichlzahlung erhobenen Protestes vorschreibt.

Aber auch bei denjenigen Personen, von welchen in abstracto der Wechselinhaber Zahlung annehmen muß, kann der Letztere in concreto wegen besonderer thatsächlicher Momente von der Wohlthat des §. 27 ausgeschlossen sein. War z. B. der Wechsel ohne Obligo ausgestellt oder nicht an Ordre gestellt, so steht — auch falls nicht gezahlt wird — dem Inhaber ein Regreß gegen Zwischenmänner nicht zu, und daher ist kein Grund gegeben, von der allgemeinen Regel, daß Zahlungen von einem Insolventen wissentlich nicht mehr angenommen werden können, abzugehen[14]). Die Motive (zum II. E. S. 142) führen als einen weiteren Fall an, wenn der Zahlungsempfänger nur Incassogiratar gewesen sei[15]). Ich glaube mit Unrecht[16]). Allerdings verliert nämlich der Incassogiratar selbst durch die Zurückweisung der Zahlung keine Regreßrechte; allein nur deshalb, weil er ja überhaupt nicht in eigenem Rechte handelt. Dagegen würde sein Auftraggeber alle Regreßrechte verlieren, wenn der Incassogiratar die auf den fälligen Wechsel angebotene Zahlung ablehnen würde, und es kann daher dieser Fall nicht anders behandelt werden, als wenn der Wechselinhaber den Wechsel am Verfalltage dem Acceptanten, der seine Zahlungen eingestellt hat, durch einen Notar präsentirt. So gut dieser, obwohl bei ihm (dem Notar) auch keine Regreßrechte auf dem Spiele stehen, das Geld nehmen muß und der Inhaber, dem er es bringt, durch §. 27 geschützt ist, ebenso muß es der Incassogiratar nehmen und der Prokuraindossant kann es auf Grund des §. 27 behalten. Diese Auslegung wäre nur dann ausgeschlossen, wenn das Gesetz sagen würde „bei Verlust seines Wechselanspruches", was jedoch nicht der Fall ist.

f. (von dem letzten Wechselregreßschuldner).

„Der zweite Absatz — sagen die Motive (zum II. E. S. 140) — schützt die Konkursmasse vor einem Mißbrauche der in §. 27 gegebenen Bestimmung. Durch die Zahlung, welche der Bezogene der Tratte oder der Aussteller des eigenen Wechsels dem dritten Wechselinhaber unanfechtbar geleistet hat, werden dessen Vormänner entlastet. Unter diesen stehen die Zwischenmänner, welche den Wechsel gleichfalls bezahlt haben und welche

---

14) Der Fall, daß bereits Protest erhoben war, gehört auch hieher (vgl. Erk. des Berliner Obertribunals in Striethorst Bd. 81 S. 27 ff.) und ist bereits oben erwähnt.

15) Praktisch ist allerdings bei Kaufleuten das Incassogiro nicht mehr Mode; difficile Häuser sehen in einem solchen eine Art Injurie.

16) Ebenso Stieglitz S. 164, v. Wilmowski S. 177.

gleichfalls gegen ihren betreffenden Vormann Regreß nehmen könnten, ebenso wie der Inhaber, dem der Gemeinschuldner den Wechsel bezahlte. In einem anderen Verhältnisse aber befindet sich der letzte Wechselregreßschuldner, welcher in Ermanglung der Zahlung des Gemeinschuldners für den Wechselbetrag schließlich hätte aufkommen müssen. Er ist es, dem nunmehr im Erfolg der Wechselbetrag zu Gute gekommen ist, er steht nur dem Gemeinschuldner gegenüber. Indem er den Wechsel begab und sich aus dem Wechsel bezahlt machte, erhielt er die auf den Gemeinschuldner gezogene oder von diesem verschriebene Summe; er erhielt sie zwar nicht unmittelbar von dem Gemeinschuldner, aber so, daß sein Zahlungsleister und jeder Nachfolger desselben von dem Gemeinschuldner das Geld mit Sicherheit einziehen konnte".

Die Anfechtung einer Wechselzahlung kann also (wenn überhaupt die Voraussetzungen des §. 23 Nr. 1 gegeben sind) nicht gegen denjenigen gehen, welcher zufällig der Geldempfänger ist, sondern nur gegen denjenigen, welcher aus der Begebung des Wechsels bereichert ist; dies wird in der Regel bei einem vom Gemeinschuldner ausgestellten eigenen Wechsel der erste Indossant[17]), bei dem auf den Gemeinschuldner gezogenen Wechsel der Trassant[18]), bei dem vom Gemeinschuldner auf sich selbst trassirten Wechsel

17) Der eigene Wechsel lautet bekanntlich:

München den 1. Juli 1880.

Acht Tage dato zahle ich gegen diesen meinen Wechsel an Herrn Adolph Adam die Summe von 1000 Mark. Benno Bauer.

Behält nun Adolph Adam den Wechsel in Händen und läßt ihn sich bei Verfall von Benno Bauer auszahlen, obwohl letzterer am 2. Juli seine Insolvenz bei Gericht erklärt hatte, so ist es klar, daß sich die Anfechtung gegen den Adam richten muß. War aber der Wechsel mittelst Giro auf Carl Cury übergegangen und dieser wird bei Verfall von Herrn Bauer bezahlt, so hat zwar faktisch allerdings Herr Cury vom Gemeinschuldner Geld empfangen; allein in Wahrheit hat er ja nur das Geld zurückerhalten, was er dem Herrn Adam beim Ankauf des Wechsels bezahlt hatte und was er — wenn der Wechsel bei Verfall ungedeckt geblieben wäre — von diesem Herrn Adam wieder im Regreßwege hätte erholen können. Die vom Gemeinschuldner dem Herrn Cury geleistete Zahlung ist also effektiv dem Herrn Adam zu Gute gekommen, und wenn das von Benno Bauer weggegebene Geld in die Masse gehört, so muß es demnach auch nicht Carl Cury, sondern der erste Indossant Adolph Adam an dieselbe ersetzen.

18) Der trassirte Wechsel lautet:

München den 1. Juli 1880.

Ultimo Juli zahlen Sie gegen diesen Wechsel an die Ordre des Herrn Adolph Adam die Summe von 1000 Mark. Werth empfangen und stellen ihn in Rechnung laut Bericht. Benno Bauer.

An Herrn Cuno Cury in Augsburg.

Hier soll nun scheinbar der Remittent Adolph Adam von dem Bezogenen

auf eigene Ordre der erste Indossatar[19]), überhaupt aber und als Regel der letzte Wechselregreßschuldner sein, wie dies das Gesetz auch ausspricht.

Cuno Cury Geld erhalten; allein faktisch will Benno Bauer dem Adolph Adam Etwas zahlen und thut dies dadurch, daß er den Cuno Cury damit beauftragt. Zahlt also Cury dem Adam, so hat er eigentlich dem Bauer gezahlt, denn wenn er (Cury) es nicht thut, muß eben Bauer im Regreßwege mit dem Geld herausrücken. Daraus ergibt sich, daß, wenn der Cuno Cury insolvent war und die Masse das von ihm gegen §. 23 Nr. 1 weggegebene Geld zurückfordern kann, dies nicht beim Remittenten Adam, sondern beim Trassanten Bauer zu geschehen hat; denn effektiv hat Benno Bauer den Vortheil von der Zahlung des Gemeinschuldners gehabt.

19) Der trassirt eigene Wechsel (den die A. D. WO. nur als Distancewechsel anerkennt) lautet:

München den 1. Juli 1880.

Nach Sicht zahlen Sie gegen diesen Wechsel an Herrn Adolph Adam die Summe von 1000 Mark. Werth verstanden.

Benno Bauer.

An Herrn Benno Bauer
durch Herrn Carl Cury in Augsburg.

Dieser Wechsel unterscheidet sich hinsichtlich der Anwendung des §. 27 nicht von der eigentlichen Tratte; wenn der Domiciliat Cury zu einer Zeit zahlte, wo er wegen Insolvenz nicht mehr zahlen konnte, ist der Aussteller und Trassant Bauer derjenige, gegen welchen die Anfechtung sich richten muß.

Der Wechsel an eigene Ordre lautet:

München den 1. Juli 1880.

Am 15. Juli 1880 zahlen Sie gegen diesen Wechsel an meine Ordre die Summe von 1000 Mark. Werth in mir selbst.

Benno Bauer.

Herrn Adolph Adam in Augsburg.

Rückseite.

Für mich an Herrn Carl Cury in Augsburg.

Benno Bauer.

Auch dieser Wechsel bietet nichts Besonderes; zahlt Herr Adam, nachdem er seine Zahlungen eingestellt, an Herrn Cury, so haftet nicht er, sondern Herr Bauer der Masse. Anders, wenn beide Formen vereinigt sind:

München den 1. Juli 1880.

Am 15. Juli 1880 zahlen Sie gegen diesen Wechsel an Ordre meine eigene die Summe von 1000 Mark. Werth in mir.

Herrn Benno Bauer — Benno Bauer.
zahlbar in Augsburg.

Rückseite.

Für mich an Ordre des Herrn Carl Cury in Augsburg.

In diesem Falle tritt der erste Indossatar als derjenige auf, der für eine ihm

Von dieser Regel können jedoch Ausnahmen vorkommen, worüber die folgende Erläuterung (lit. g) zu vergleichen ist.

g. (falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte, von diesem).

Es ist nicht immer und nicht nothwendigerweise der Fall, daß die in der vorigen Erläuterung bezeichneten Personen auch diejenigen sind, welche aus der Wechselbegebung[20]) bereichert erscheinen. „Der Trassant kann im Auftrage und für Rechnung des Remittenten oder des ersten Indossatars gezogen haben. Der Name desjenigen, für den der Wechsel in Umlauf gesetzt ist, kann auch völlig auf dem Wechsel fehlen; er kann den Wechsel für sich durch einen Anderen haben ziehen und bezahlen lassen; auch durch Blankogiro kann der persönliche Gläubiger operiren". (Motive.) In allen diesen Fällen geht die Anfechtung nicht gegen den letzten Wechselregreßschuldner, sondern gegen denjenigen, durch welchen dieser letzte Wechselregreßschuldner entlastet werden muß. „Es kann aber auch der erste Indossant eines eigenen Wechsels oder der erste Indossatar eines an eigene Ordre ausgestellten trassirt eigenen Wechsels eine vorgeschobene Person und in gutem Glauben gewesen sein, während erst dessen Nachmann oder ein Dritter derjenige war, für dessen Rechnung der Wechsel ausgestellt und verwerthet worden und der bei Begebung des Wechsels die Zahlungseinstellung des Schuldners gewußt hatte. Dasselbe kann beim gezogenen Wechsel der Fall sein". (Motive.)

Schon die Fassung des Gesetzes: „falls" und noch mehr der materielle Inhalt des Zwischensatzes stellt denselben als Ausnahme von der allgemeinen Regel dar; es ist also nicht Sache der Gläubiger, den richtigen Anfechtungsbeklagten zu ermitteln, sie halten sich stets an den letzten Wechselregreßschuldner. Diesem liegt es ob, wenn er sich mit der Berufung auf die Ausnahme schützen will, die „Einrede" zu beweisen: „obwohl er scheinbar der Wechselbereicherte sei, werde dies doch in concreto dadurch ausgeschlossen, daß die und die[21]) bestimmte Person in Wirklichkeit diejenige sei, für deren Rechnung der Wechsel begeben murde[22])".

---

von Benno Bauer zuwider den Vorschriften des §. 23 Nr. 1 geleistete Einlösung des Wechsels der Masse Ersatz zu leisten hat, da hier nicht der Aussteller, der ja der Gemeinschuldner selbst ist, sondern derjenige, welcher den Wechsel mittelst Giro erwarb, als der letzte Wechselregreßschuldner erscheint.

20) Ueber den Begriff von „Begebung" siehe Erl. i.

21) Eine allgemeine Angabe, „nicht er habe den Wechsel begeben, sondern irgend ein Anderer", wird nicht zu beachten sein.

22) Hiemit stimmt überein Hullmann a. a. O. S. 152, Otto S. 72, v. Wilmowski S. 779.

h. (erstattet werden).

Natürlich nicht an den Zahlenden, sondern an den Konkursverwalter zur Masse. Der Umfang der Erstattungspflicht umfaßt nach dem Wortlaute des Gesetzes nur „die gezahlte Wechselsumme"; indessen wird dies in jenen Fällen nicht genügen, wo die „Wechselzahlung" nicht blos in dem verschriebenen Betrage bestanden hat, sondern kraft des Gesetzes der Wechselinhaber etwaige Verzugszinsen, Provision und Protestkosten zu begehren berechtigt gewesen ist, und diese vom Gemeinschuldner entrichtet wurden. Hätte der Gemeinschuldner nur eine Theilzahlung gemacht, so müßte der zur Rückerstattung Verpflichtete, da er nur die „gezahlte" Wechselsumme zu vergüten hat, auch nur die Theilzahlung zurückgeben.

Daß, falls diese Erstattung erfolgt ist, die etwaige Wechselforderung oder sonstige Forderung (die er mittelst Trassirung begleichen wollte) wieder auflebt, folgt aus §. 32.

i. (begab oder begeben ließ).

Es ist bereits oben bemerkt worden, daß der zur Erstattung Verpflichtete der aus der Begebung des Wechsels Bereicherte sein muß, und daß es auf seinen guten Glauben zur Zeit der Begebung ankommt. Sonach ist es von Bedeutung, was das Gesetz unter „Begebung des Wechsels" versteht[23]). Im gewöhnlichen Leben wird darunter die Uebertragung des Wechselanspruches mittelst Indossirung verstanden[24]), so daß eigentlich nur der Remittent die Tratte, der Wechselgläubiger den trocknen Wechsel „begibt" und die Indossatare sie „weiter begeben". Technisch[25]) aber ist der Begebungsvertrag jener Vertrag, in welchem der trassirte Wechsel in der Absicht, dadurch einen Wechselkontrakt abzuschließen, vom Trassanten gegeben und vom Remittenten genommen wird. Dies Gesetz faßt in §. 27 diese beiden Bedeutungen zusammen und dehnt den Ausdruck auch auf den eigenen Wechsel aus, so daß also das Begeben des Wechsels durch Uebergabe Seitens des Trassanten oder Ausstellers oder durch Indossirung Seitens desjenigen, an dessen Ordre der eigene Wechsel gestellt ist, geschehen kann. Indossirung durch den Remittenten, Girirung durch die Indossatare an andere ist nicht mehr „Begeben", sondern „Weiterbegeben".

Die Begebung (oder Weiterbegebung, soferne sie entscheidend für die Anfechtung ist) muß bewiesen werden und zwar insbesondere ihr Zeitpunkt.

---

23) Im I. E. §. 33 hieß es mit Rücksicht auf den Aussteller, welcher einen anderen Remittenten benannt, „ausstellte oder begab".

24) Vgl. z. B. Hoffmann a. a. O. S. 146. Im Register zu Volkmar und Löwy steht: Begebung s. Indossament.

25) Vgl. z. B. Renaud, Lehrbuch §. 37.

Dies hat bei Kaufleuten wenig Schwierigkeit; auch wo nicht ein eigener Wechselscontro [26]) geführt wird, ist jedenfalls die Wechselbegebung ein kaufmännisches Geschäft, welches gebucht werden muß, und kann also von den Anfechtungsklägern mit Hülfe des Art. 37 des A. D. HGB. leicht Beweis gestellt werden. Ist eine Begebung mittelst brieflicher Uebersendung in Frage, so entscheidet natürlich nicht das Datum des Briefes, sondern die Zeit seiner Aufgabe zur Post und deshalb der Poststempel.

k. (bekannt war).

Würde das Gesetz den hier näher normirten Anspruch auf Erstattung der auf Grund des Wechselgeschäftes geschehenen Zahlung nicht gewähren, so würde mit Hülfe des an sich richtigen Prinzipes im ersten Satze des vorstehenden Paragraphen die Sicherung des §. 23 Nr. 1 der KO. leicht umgangen werden können. Auch nach und trotz der Kenntniß der Zahlungseinstellung brauchte nur ein Gläubiger über den Betrag seiner Forderung auf den Gemeinschuldner einen Wechsel zu ziehen und ihn zu verkaufen, oder der Aussteller und bezw. der Remittent einer von dem Gemeinschuldner acceptirten [27]) Tratte den Wechsel weiterbegeben, um sich mit Umgehung des §. 23 Nr. 1 eine Zahlung zu verschaffen. Da er aber, wenn er wußte, daß der Bezogene oder Acceptant bereits seine Zahlungen eingestellt hatte, oder daß die Eröffnung des Konkurses über dessen Vermögen beantragt war, den Wechselbetrag nicht mehr unanfechtbar von dem Gemeinschuldner erheben konnte, so durfte er auch nicht die Eigenthümlichkeit des Wechselverkehrs benutzen, um die Zahlung, die er nicht mehr direkt annehmen konnte, mittelbar durch einen Dritten zu erlangen. Als entscheidender Zeitpunkt für das Vorhandensein des guten oder bösen Glaubens kommt nur ein Moment in Betracht, die Begebung des Wechsels, das heißt derjenige Akt, welcher in Erl. i näher bezeichnet ist. Wenn also der Bezogene, als ihm der Wechsel zur Annahme präsentirt wurde, noch solvent war, der Trassant oder der Remittent hat aber das Accept erst weiterbegeben, als ihm die Zahlungseinstellung bekannt wurde, so kann er sich darauf nicht berufen, daß die Acceptirung in Ordnung geschehen sei. Anderseits aber kann der Trassant oder Remittent auch nicht zur Erstattung angehalten werden, wenn er den Wechsel vor der Zahlungseinstellung des Acceptanten bereits begeben hatte, während derselbe an denjenigen, der die Zahlung erhielt, erst zu einer Zeit gelangte, wo die Insolvenz schon bekannt war. Gesetzt also, ich habe von Kaufmann A für geliefertes Tuch 3000 Mark zu fordern, welche Summe ich zur Begleichung meines Contocorrent=Passiv=Saldo bei der Frankfurter Hypotheken=

26) Völderndorff und Anschütz, Commentar zum A. D. HGB. B. I. S. 228.

27) Fehlte das Accept, so könnte ohnehin dasselbe nicht nachgeholt werden.

bank mit 5000 Mk. verwenden will. Ich ziehe also am 1. Juli 1880 an Ordre obiger Bank einen Monat dato auf A, erhole von ihm am selben Tage das Accept, behalte aber den Wechsel noch in meinem Portefeuille, weil ich ihn zugleich mit einem zweiten noch nicht zurückgelangten Accepte von 2000 Mark einschicken will. Am 26. Juli kommt A zu mir, entdeckt mir, er habe große Verluste gehabt, müsse sich legen und werde noch im Laufe des Tages bei Gericht seine Insolvenz anzeigen. Sofort schicke ich mein Accept nach Frankfurt, die dortige Bank girirt dasselbe auf die hiesige Vereinsbank, die, ohngeachtet ihr die Insolvenz des A bekannt ist, den Wechsel am 1. August präsentirt und von A (vielleicht weil er hofft, später eine Stelle bei dieser Bank zu erhalten) auch noch bezahlt wird. Hier muß ich der Konkursmasse die 3000 Mark ersetzen, die Vereinsbank darf, obwohl sie die Insolvenz kannte, das Geld behalten, ebenso die Frankfurter Hypothekenbank den Gegenwerth; ich selbst aber kann mich nicht darauf stützen, daß ich mein Accept bona fide erhielt, weil ich zwar zur Zeit der Acceptirung, aber nicht mehr zur Zeit der Begebung im guten Glauben gewesen bin. Hätte ich dagegen noch am 1. Juli 1880 den Wechsel abgeschickt, so wäre ich frei; da aber auch, wie oben bemerkt, beide Banken keinen Ersatz zu leisten haben, so verliert eben die Konkursmasse das Geld[28]).

Wenn es sich nun aber um den Fall handelt, welchen der §. 27 im Eingange mit der Alternative bezeichnet: „oder falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte", so kommt die am Schlusse stehende Alternative: „oder begeben ließ" zur Anwendung. In diesem Falle kommt es also nicht auf den guten oder bösen Glauben desjenigen an, welcher den Wechsel begeben hat, sondern auf den Glauben des Dritten, welcher den Wechsel begeben ließ. Hat derjenige, welcher im Auftrage und für Rechnung eines Anderen das Wechselgeschäft machte, von der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrage des Wechselschuldners auch keine Kentniß gehabt, so befreit dies doch Denjenigen nicht von der Pflicht zur Zurückerstattung des vom Gemeinschuldner auf den Wechsel Gezahlten, welcher, obwohl ihm der Zustand des Schuldners bekannt war, das Geschäft veranlaßt hat.

---

28) Meine Freunde aus dem Handelsstande finden sämmtlich den §. 27 sehr gefährlich und machen mich aufmerksam, welche Manipulationen daraufhin mit Hülfe vordatirter Giro's getrieben werden könnten. Es wird daher der Richter mit aller Strenge von der ihm zustehenden Befugniß Gebrauch machen müssen, „nach seiner freien, aus der Erwägung aller Umstände geschöpften Ueberzeugung" zu entscheiden, ob ohngeachtet der Datirung des ersten Giro oder des den Wechsel begebenden Briefes nicht doch die Anfechtung gegen den letzten Wechselregreßpflichtigen Platz greife. Vgl. auch oben S. 388.

§. 28.

Anfechtung vollstreckbarer Titel.

Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen[a]), daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel[b]) erlangt[c]), oder daß dieselbe[d]) durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

I. E. §. 34; II. E. §. 28; Pr. H. G. Art. 758; Pr. KO. §. 104; B. Pr. O. —

Es ist bereits oben (S. 325) ausführlich erörtert worden, daß die Gläubiger eine Rechtshandlung, welche ihnen nachtheilig ist, unter Umständen auch dann müssen anfechten können, wenn die Handlung nicht durch den Gemeinschuldner selbst, sondern durch das Gericht an dem Vermögen des Gemeinschuldners vorgenommen worden ist. Allein dieser allgemeine Satz genügt noch nicht, um die Gläubiger nach jeder Richtung sicher zu stellen, und der vorstehende Paragraph beschäftigt sich damit, diesen Grundgedanken näher zu detailliren. Derselbe entwickelt ihn nach drei Richtungen, indem er zuvörderst von der bloßen Vollstreckbarkeit, dann von der wirklichen Vollstreckung, und hier wieder von der vorsorglichen Sicherungsvollstreckung und endlich von der definitiven Zwangsvollstreckung handelt.

Den Motiven zufolge stände das Gesetz auf einem eigenthümlichen Standpunkte; dieselben sagen (zum II. E. S. 144) ganz kurz: „der Vollstreckungstitel, der nur zwischen den Parteien, dem Gemeinschuldner und dessen Gegner wirkt, berührt nicht die Gläubiger und braucht daher nicht erst angefochten zu werden." Diese Motive passen nun aber wohl zum I. Entwurfe, nicht mehr aber zum gegenwärtigen Gesetze. Der I. E. des §. 34 lautete: „Das Anfechtungsrecht wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die anzufechtende Rechtshandlung vollstreckbar geworden ist. Einer Anfechtung des Vollstreckungstitels bedarf es nicht." Hiemit waren also nur jene Fälle gemeint, in welchen einem unverändert bleibenden Rechtsgeschäfte die Vollstreckbarkeit lediglich äußerlich beigefügt wurde, wo der rechtliche und faktische Bestand des Schuldtitels blieb und das Hinzutreten jener Vollstreckbarkeit nur das Verhältniß zwischen dem speziell Berechtigten und dem speziell Verpflichteten dahin berührte, daß dem ersteren ein stärkerer Zwang gewährt und ein schnellerer Vollzug gesichert, dem letzteren eine schärfere Verhaftung auferlegt und er rascheren Zwangsmitteln unterworfen wird. Wenn in diesem Falle der ursprüngliche Schuldtitel angefochten und vernichtet wird, fällt freilich die Vollstreckbarkeit von selbst zusammen. Allein dieses sind keineswegs die sämmtlichen Kategorien von vollstreckbaren Schuldtiteln, noch weniger aber passen die Motive zu den beiden zweiten Alternativen des §. 28; hier stehen sie sogar in direktem Widerspruche mit den

Motiven zu §. 709 der Civ.-Pr.-O. [§. 658 des Entwurfs[1])]. Unter diesen Umständen und nachdem überdies der Satz: „einer Anfechtung des Vollstreckungstitels bedarf es nicht" endgültig nicht angenommen worden ist und im Gesetze fehlt, können meines Erachtens die Motive zur Erklärung des Gesetzes nicht mehr benützt werden, und ergibt sich eine wesentlich andere Auslegung des §. 28. (Vgl. lit. c. II.)

b. (ein vollstreckbarer Schuldtitel).

Als „vollstreckbarer Schuldtitel" erscheint vor Allem das Urtheil (sei es rechtskräftig oder nur vorläufig vollstreckbar) (§. 644 der Civ.-Pr.-O), dann der Vergleich (§. 702 Nr. 1 und 2 der Civ.-Pr.-O.), ferner die übrigen in §. 702 Nr. 3 und 4 der Civ.-Pr.-O. genannten richterlichen Verfügungen, nämlich Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet[2]), und Vollstreckungsbefehle im Mahnverfahren, und endlich die vollstreckbaren Urkunden[3]).

c. (erlangt).

I. Das Wort „erlangt" darf nicht in seinem buchstäblichen Sinne genommen werden; man darf den §. 28 nicht etwa so auslegen, als ob die Anfechtung nur dann nicht ausgeschlossen wäre, wenn für sie ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, das heißt also „nachträglich hinzugekommen" wäre. Die Anfechtung fällt natürlich auch dann nicht hinweg, wenn die Rechtshandlung schon gleich bei ihrer Vornahme mit der Vollstreckbarkeit versehen wurde, wenn sie gerade in der Errichtung des vollstreckbaren Schuldtitels bestanden hat.

Wenn also der Bankier A, der am 1. Dezember 1880 in Konkurs gerathen ist, von seinem Schwiegervater am 1. Februar 1880 ein Haus gekauft hatte, über die Bezahlung des Kaufpreises ist ein Prozeß entstanden und am 1. Juli 1880 wurde dieser durch Vergleich beendet, so können die Gläubiger (auf Grund des §. 24 Ziff. 2) den Kaufvertrag anfechten, ob-

---

1) Vgl. unten lit. d. Anderer Ansicht sind Otto S. 87, Petersen S. 159 u. v. Wilmowski S. 180, welche die Bemerkung der Motive nur dahin verstehen, daß der Vollstreckungstitel, soferne es sich um die Anfechtung handelt, nicht gegen die Gläubiger wirken und daß zur Erzielung der Anfechtungswirkung nicht eine direkte Beseitigung des Titels nothwendig sei. Vgl. jedoch Note 4.

2) Nachdem zufolge §. 808 der Civ.-P.-O. auf die Vollziehung des Arrestes die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden, sind auch vollstreckbar erklärte Arrestbefehle hieher zu stellen.

3) Landesgesetzlich vollstreckbar erklärte Schuldtitel (§. 706) stehen den oben genannten gleich. Vgl. für Bayern Ausführungsgesetz zur Civ.-P.O. Art. 4—8, 127—139, 220, 221.

wohl für denselben durch den Vergleich ein neuer vollstreckbarer Titel „erlangt" worden ist. Aber auch wenn Bankier A, der am 24. Mai 1880 seine Zahlungen eingestellt hat, seinem Schwiegervater am 1. Juni 1880 in einer vor dem Notar X errichteten und mit der Vollziehungsclausel versehenen Urkunde versprochen hat, binnen 14 Tagen 10,000 Mark zu bezahlen, ist diese Rechtshandlung anfechtbar, obwohl für sie nicht nachträglich ein vollstreckbarer Schuldtitel „erlangt" wurde, sondern die Handlung gerade in der Errichtung dieses vollstreckbaren Schuldtitels besteht. Es ist ferner einerlei, ob die Vollstreckbarkeit wider den Willen des Gemeinschuldners erlangt worden ist, oder ob er ausdrücklich oder stillschweigend an dem Erlangungsakte Theil genommen hat. (Vgl. lit. d.)

II. Ein vollstreckbarer Schuldtitel kann nämlich auf zweierlei Art erlangt werden, einmal durch freiwillige Thätigkeit der Parteien, und dann durch richterlichen Ausspruch. Die erstere gehört zu den „Rechtsgeschäften" und den „Rechtshandlungen," deren die §§. 23, 24 und 25 erwähnen, und sie kann daher selbstverständlich unter denselben Voraussetzungen angefochten werden, wie alle übrigen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen. Es wird Niemand bestreiten, daß z. B., wenn A dem B am 1. Juni einen Schuldschein über 1000 Mark ausgestellt hat, und am 1. Juli lassen beide über diese Schuld eine vollstreckbare Urkunde bei Notar C aufnehmen, diese letztere Handlung an und für sich ganz ohne Rücksicht auf den ursprünglichen Schuldschein der Anfechtung unterstellt werden kann, wenn die Errichtung der Notariatsurkunde nach den Voraussetzungen der §§. 23, 24 und 25 als von den Gläubigern anfechtbar erscheint. Ebenso, wenn etwa A behauptet, B habe ihm seine Equipage um 10,000 Mark abgekauft, B läugnet, daß der Kauf perfekt geworden, es entsteht ein Prozeß und die Parteien beendigen denselben durch einen Vergleich, wonach A auf Kaufvollzug verzichtet, B aber eine Entschädigung von 500 Mark zu zahlen übernimmt. Daß hier die Gläubiger von dem ursprünglichen Kaufgeschäfte vollständig abstrahiren und den Vergleich als solchen (wenn sie glauben, derselbe falle unter eine der Voraussetzung der §§. 23, 24 oder 25) anfechten *können*, ist klar; ja sie *müssen* ihn anfechten, wenn sie die Entschädigung von 500 Mark wegbringen wollen, die Anfechtung des ursprünglichen Kaufgeschäftes würde ihnen gar nichts nützen[4]).

---

4) Hieraus ergibt sich die in Erl. a erörterte Unzulässigkeit des Satzes: „einer Anfechtung des Vollstreckungstitels bedarf es nicht;" der Vollstreckungstitel ist hier der *Vergleich* und dieser ist es, nicht das im Gegentheile für die Gläubiger vortheilhafte Kaufgeschäft, welches die Anfechtenden benachtheiligt. Nur wenn man statt „Titel" das Wort „Klausel" setzen würde, wäre jener

Gehen wir über zu jenen vollstreckbaren Titeln, welche nicht auf einer gemeinsamen Thätigkeit der Parteien beruhen, sondern vom Gerichte gegeben werden. Hier ist wieder ein Doppeltes zu unterscheiden. Es kann dieser Ausspruch des Gerichtes herbeigeführt werden durch eine Handlung desjenigen, gegen welchen der vollstreckbare Titel gewährt wird. Wenn nun die prozessuale Entscheidung zu einer Zeit und unter Voraussetzungen herbeigeführt wird, welche die Anfechtung begründen, so kann die Handlung, durch die solches geschehen, wie jede andere Rechtshandlung angefochten werden. Sicherlich muß es den Gläubigern freistehen, durch den Verwalter ein vom Gemeinschuldner nach seiner Zahlungseinstellung bei Gericht dem Prozeßgegner gegenüber abgelegtes Zugeständniß, auf welches hin ein verurtheilendes Erkenntniß ergangen ist, anzufechten, eben weil dieses Zugeständniß eine Rechtshandlung ist. Aber auch wenn keine positive Rechtshandlung in Mitte liegt, sondern ein blos negatives Verhalten, z. B. ein Nichterscheinen im Termine, ein Sich-Kontumazirenlassen, das Nichtvorbringen einer Einrede, die Nichtableistung eines Eides, die Unterwerfungserklärung unter die Zwangsvollstreckung nach §. 702 Ziff. 5 der Civ.-P.-O., die Nichtimpugnirung eines Arrestes u. s. w. [5]), und es ist daraufhin gegen den späteren Gemeinschuldner ein Urtheil ergangen, so müssen die Gläubiger hiegegen geschützt sein. Die Motive (vgl. oben bei lit. a) wollen zu diesem Schutze dadurch gelangen, daß sie annehmen, das Urtheil wirke nur zwischen den Parteien; binde daher zwar den Gemeinschuldner, nicht aber die Gläubiger. Allein dies ist offenbar unrichtig [6]). Niemand wird behaupten, daß der A, welcher am 1. Juni 1880 ein rechtskräftiges Urtheil erwirkt hat, wonach der B ihm 1000 zu bezahlen schuldig ist, dann, wenn am 1. Juli 1880 über B der Konkurs eröffnet wird, nun nochmals denselben Rechtsstreit mit dem Verwalter durchfechten müsse; das Urtheil muß von den Gläubigern anerkannt werden, soweit es den Schuldner und die Masse betrifft; nur soweit es ihr Anfechtungsrecht betrifft, ist es res inter alios acta und nur insoweit ist der mehrerwähnte Ausspruch der Motive richtig.

Es ließe sich nun denken, daß den Gläubigern gestattet würde, das Urtheil als solches — weil es durch fraudulöses Verhalten des Schuldners und seines Prozeßgegners herbeigeführt sei — mittelst eines außerordent-

---

Satz richtig; die „Vollstreckbarmachung" des Vergleiches Seitens des Gerichtsschreibers oder Notars (Civ.-Pr.-O. §. 705) bedarf allerdings keiner besonderen Anfechtung.

5) Vgl. die Erk. des RG. v. 20 Januar 1882 in den Entscheidungen Bd. VI S. 367, v. 6. Mai 1882 in Blum's Annalen Bd. V S. 529, siehe auch oben S. 337.

6) Ebenso v Sarwey (a. a. O. S. (164) 194.

lichen Rechtsmittels anzufechten[7]). Diesen Weg geht der §. 28 nicht; derselbe bestimmt vielmehr, daß, sobald die ursprüngliche Rechtshandlung von den Gläubigern der Anfechtung unterworfen werden will, diese Anfechtung so stattzufinden habe, als wäre später ein vollstreckbarer Rechtstitel nicht erlangt worden. Es wird also die durch res judicata eintretende Novation des ursprünglichen Rechtsverhältnisses dem Anfechtungsrechte der Gläubiger gegenüber als nicht vorhanden erachtet[8]) und nur diejenige Rechtshandlung in Erwägung gezogen, die den Gegenstand des Urtheiles bildet. Dennoch genügt dies nicht. Setzen wir den Fall, der spätere Gemeinschuldner A hat den B auf Bezahlung eines Kaufschillings verklagt, der B opponirt die Einrede der Zahlung, A unterläßt es, dieser Einrede zu widersprechen, erscheint im Termine nicht und daraufhin ergeht ein abweisendes Urtheil. Wenn in diesem Falle der Widerspruch der Zahlungseinrede von dem A unterlassen wurde in der dem B bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, so nützt den Gläubigern die Bestimmung des §. 28 Nichts; denn das ursprüngliche Kaufgeschäft, aus welchem der eingeklagte Kaufschilling herstammt, will und soll nicht angefochten werden; die Unterlassung des Einredewiderspruches, das Nichterscheinen im Termine sind diejenigen „Rechtshandlungen", welche angefochten werden müssen, für diese aber kann man kaum sagen, daß durch das ergangene abweisende Erkenntniß ein „vollstreckbarer Schuldtitel erlangt" sei; dieser Titel ist höchstens für die angebliche Zahlung erlangt, allein diese wird nicht angefochten, denn sie besteht ja gar nicht (nach Behauptung der Gläubiger). Demohngeachtet ist gewiß auch dieser Fall unter den §. 28 zu subsumiren und sonach die Anfechtung der schädigenden Prozeßhandlung dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein rechtskräftiges Urtheil in Mitte liegt.

---

7) Das Paulianische Rechtsmittel des Gemeinen Rechts kann in der Form der restitutio in integrum allerdings in Vollzug treten und der §. 103 Ziff. 2 der Pr. KO. hatte gleichfalls die gegen den Gemeinschuldner ergangenen Entscheidungen und Mandate selbst als anfechtbar erklärt.

8) Dem Gemeinschuldner gegenüber bleibt das Urtheil dabei in voller Kraft. Den Gläubigern aber präjudizirt es hinsichtlich ihres Anfechtungsrechtes in keiner Richtung. Ich kann mich daher v. Sarwey (a. a. O. S. (165) 195 nicht anschließen, wenn er sagt: ein Rechtsgeschäft, auf dessen Vollziehung erkannt ist, kann, wenn es im Urtheil als Kauf erklärt wurde, von den Gläubigern nicht als Schenkung angefochten werden, wenn nicht etwa eine anfechtbare Prozeßhandlung des Schuldners in Mitte liege. Durch §. 28 (und zwar als singuläres und contra rationem juris aufgestelltes Recht) ist in Bezug auf das Anfechtungsrecht das Urtheil gar nicht vorhanden; also hat es auch für die Anfechtungskläger gar keine Wirkung. Mit mir stimmt überein Petersen S. 160, Stieglitz S. 168, v. Wilmowski S. 181.

d. (dieselbe).

Es sind hier diejenigen Fälle gemeint, in welchen die Benachtheiligung der Gläubiger überhaupt nicht durch eine Handlung des Schuldners oder nur durch eine gerichtlich von ihm erzwungene Handlung entsteht. Z. B. es wurde im Wege der Pfändung dem späteren Gemeinschuldner eine bewegliche Sache weggenommen, es wurde eine ihm zustehende Aktivforderung zu Gunsten eines Gläubigers beschlagnahmt, oder aber der spätere Gemeinschuldner hat in Folge eines ihm nach §. 774 der Civ.-Pr.-O. ertheilten Befehles eine Hypothek löschen lassen u. s. w. Die Praxis der Preußischen Gerichte[9]) subsumirte diese Fälle nicht unter die „anfechtbaren Rechtshandlungen." Dagegen besagten schon die Motive zu §. 709 (§. 658 des Entwurfs) der Civ.Pr.-O. (S. 424): „Unter den Voraussetzungen, unter welchen die Anfechtung der vor Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Veräußerungen und Verpfändungen zugelassen ist, muß auch die Anfechtung des durch die Pfändung begründeten Pfandrechtes gestattet werden, weil die prozessualen Handlungen, durch welche die Pfändung veranlaßt ist, auf einer Kollusion des Gläubigers und Schuldners zum Nachtheile anderer Gläubiger beruhen kann." In diesem Falle richtet sich demnach die Anfechtung gegen das fraudulös erworbene Recht, also nicht gegen die Pfändungshandlung des gerichtlichen Beamten, sondern gegen das hiedurch erworbene Pfandrecht des Anfechtungsbeklagten[10]).

---

§. 29.

Legitimation zur Anfechtung.

Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter[a]) ausgeübt[b]).

I. E. §. 36; II. E. §. 29; P. H. E. Art. 765; Pr. K. O. §. 112; B. Pr. O. Art. 1230.

a. (von dem Verwalter).

I. Die Vorschrift der Konkursordnung, daß das Anfechtungsrecht von dem Verwalter auszuüben sei, ist eine Neuerung und entfernt sich wesentlich von der Anschauung des Gemeinen Rechtes[1]). Denn nachdem dieses davon

---

9) Vgl. die Erkenntnisse des Berliner Obertribunals in der Sammlung der Entscheidungen Bd. 38 S. 407, 427; Bd. 51 S. 416.

10) Vgl. übrigens auch oben S. 334.

1) Z. B. Windscheid, §. 463 Note 25. Die Motive zum I. E. S. 187 ff. begründen diese Abweichung in gewohnter trefflicher Weise; für die Praxis sind indessen diese legislativen Erwägungen weniger von Werth, weshalb ich sie übergehe.

ausging, daß nur demjenigen Gläubiger ein Anfechtungsrecht zustehe, dessen Benachtheiligung der Gemeinschuldner beabsichtigt und bewirkt hatte, konnte die Anfechtung strenge genommen auch nur von diesem Beeinträchtigten, und wenn mehrere Gläubiger beeinträchtigt waren, von diesen Mehreren, und wenn Alle, von dem Kurator nur in Vertretung und auf Grund einer Vollmacht Aller geltend gemacht werden. Auch das jetzige Gesetz erkennt an, daß „das Anfechtungsrecht den Befugnissen der Gläubiger entspringt" (Motive S. 144 u. 145), und wenn man den Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners ansieht, ist es schwierig zu begründen, wie diesem Vertreter das Vorgehen gegen den von ihm Vertretenen, das Ankämpfen gegen dessen eigene Handlungen zum Vortheile Anderer zustehen soll.[2]) Wenn dagegen (vgl. oben S. 39) der Konkursverwalter als gesetzlicher Güterpfleger, als Vertreter der Masse angesehen und sodann erwogen wird, daß durch jede anfechtbare Handlung des Gemeinschuldners vor Allem der Bestand der Masse alterirt wird, muß nothwendigerweise der Verwalter auch als derjenige anerkannt werden, welcher das Anfechtungsrecht geltend zu

---

[2]) Schultze S. 64 und ihm zustimmend Otto S. 156, obwohl sie im Uebrigen die Stellvertretung des Gemeinschuldners durch den Verwalter annehmen, erklären daher in dieser Richtung den Verwalter als Vertreter der Gläubiger. Ebenso Dernburg Bd. II S. 277. Fitting §. 5 II leitet die obige Befugniß aus dem Umstande ab, daß die Thätigkeit des Verwalters nicht wie diejenige des Vormundes im Interesse desjenigen, den er vertritt, sondern im Interesse der Gläubiger desselben stattfindet. Umgekehrt beruft sich Petersen S. 39 fg. darauf, daß ja auch der Vormund die von seinem Mündel vorgenommenen, nicht zu Recht bestehenden Handlungen anfechten könne und müsse. Allein (wie Schultze bemerkt) hiebei will der Vormund das wegen Mangels eines Vertragswillens in sich selbst mangelhafte Rechtsgeschäft in Ausübung der Rechte seines Mündels als für diesen unverbindlich darstellen, während der Konkursverwalter nur den aus einer für den von ihm angeblich vertretenen Gemeinschuldner vollkommen zu Recht bestehenden und rechtlich wirksam bleibenden Handlung den Gläubigern zugehenden Nachtheil zu beseitigen trachtet. Mandry S. 523 beruft sich auf die Analogie der Behandlung doloser Minderungen des peculium durch den Gewaltinhaber, durch welche dem Peculium der Ersatzanspruch als Aktivum zuwächst; ähnlich bilde der Anfechtungsanspruch, insoferne er die Beibringung von Werthen in die Masse bezwecke, ein Aktivum derselben und somit erscheine der Gemeinschuldner als Subjekt der Aktiv-Masse auch als Subjekt des Anfechtungsrechtes. v. Wilmowski S. 183 leitet die ausschließliche Befugniß des Konkursverwalters aus dessen Aufgabe her, den Gemeinschuldner so, wie er konkursgesetzmäßig sich zu verhalten hat, zu vertreten. Aus Zweckmäßigkeitsgründen habe man ihm mit Rücksicht hierauf diese Befugniß beigelegt, „nicht weil er Vertreter der Gläubiger, sondern obwohl er dies nicht ist."

machen hat. Neben dieser positiven Seite hat der §. 29 aber auch eine negative; dadurch, daß das Gesetz sagt: „das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt", sagt es zugleich „und von Niemand Anderem". Namentlich also nicht mehr von einem einzelnen Gläubiger[3]). Selbst dann kann der einzelne beschädigte Gläubiger nicht eintreten, wenn der Konkursverwalter das Anfechtungsrecht nicht ausübt und nicht ausüben will. Dies ist die Absicht des Gesetzes und es geht diese Absicht daraus hervor, daß noch der I. E. in §. 36 Abs. 2 (im Anschlusse an die Pr. K.-O. und den Pr. H.-E., welchen auch die B. Pr.-O. folgte[4]), das subsidiäre Anfechtungs-Recht der einzelnen Gläubiger enthielt, aber diese Bestimmung schon bei der Vorberathung als „bedenklich"[5]) gestrichen wurde. Dem einzelnen Gläubiger steht sonach nur der Weg offen, den Verwalter zur Ausübung des Anfechtungsrechtes durch den Gläubigerausschuß[6]) bezw. die Gläubigerversammlung zu zwingen[7]).

II. Schwierigkeiten bietet der Grundsatz, daß das in der Konkursordnung gegebene Anfechtungsrecht nur von dem Konkursverwalter ausgeübt werden dürfe, — in seiner Anwendung auf Absonderungs- und Aussonderungsberechtigte. Diese stellen sich nicht als „Konkursgläubiger" dar, ihr Interesse vertritt daher der Konkursverwalter nicht, und sonach scheint es, als wären sie von dem Schutze, welchen die §§. 23—25 gegen Benachtheilichungen gewähren, ausgeschlossen. Setzen wir den Fall, der Gemeinschuld-

---

3) Die Praxis des Gemeinen Rechtes (vgl. Seuffert's Archiv Band 25 Nr. 198) ließ natürlich die einzelnen Gläubiger neben dem Verwalter zu; die K.-O. folgt dem strengeren französischen Rechte. Nicht ausgeschlossen ist (wie v. Sarwey S. 198 Nr. 1a bemerkt), daß der Verwalter einem Gläubiger als Stellvertreter die Führung des Prozesses überläßt. Ebenso wird eine Cession des Anfechtungsrechtes zu Gunsten der Masse an einen Dritten, also auch an einen Gläubiger zuläßig sein. Die Aufstellung eines Mandatars und die Veräußerung des Rechtes ist eben dann der Ausübungsakt.

4) In diesem Falle floß dann das Erstrittene nach Abzug der Prozeßkosten in die Masse.

5) Motive zum II. E. S. 146. Bei der Kommissionsberathung wurde der Versuch gemacht, dieselbe wieder herzustellen, allein nach längerer Debatte der desfallsige Antrag zurückgezogen. K. Prt. S. 25 ff.

6) Es war angeregt, eventuell auch der Minorität der Gläubiger ein Anfechtungsrecht zu gewähren. Der Antrag: „die Anfechtung muß erfolgen, wenn der Gläubigerausschuß es beantragt," wurde mit der Motivirung abgelehnt, daß der Verwalter ohnehin nicht unabhängig sei, daß die Gläubiger ebensowohl ihn anhalten könnten, das Recht geltend zu machen, als ihn davon abhalten, und daß eventuell das Gericht entscheide.

7) Ueber sein Interventionsrecht siehe unten lit. b Note 12.

ner hat einige Monate vor dem Konkurse sein Mobiliar an seinen Bruder verkauft, soll der Hausherr dies nicht anfechten können? Oder der Gutsbesitzer A schenkt, nachdem er den Antrag auf Konkurseröffnung gestellt hat, das Inventar des von ihm an B verpachteten Louisenhofes seiner Ehefrau; findet für den Pächter, der hieran nach § 41 Nr. 3 ein Absonderungsrecht hat, keine Anfechtung dieser Schenkung statt? Indessen ist die Schwierigkeit nur eine scheinbare. Vor Allem ist zu beachten, daß den Absonderungs- und Aussonderungsberechtigten das Anfechtungsrecht nach Maßgabe des Gesetzes vom 21. Juli 1879 auch während eines Konkurses zusteht. Die Motive zu diesem Gesetze erkennen dies ausdrücklich an: „die absonderungsberechtigten Gläubiger werden, so weit ihre abgesonderte Befriedigung in Frage steht, von der Verfolgung ihres Anfechtungsrechtes durch den Konkurs nicht berührt. Sie können sowohl die bereits vor der Eröffnung des Verfahrens erhobenen Anfechtungsansprüche ohne Unterbrechung weiter verfolgen, als auch während des Konkurses Anfechtungsansprüche neu erheben. Weiteres ist aber für dieselben nicht nöthig. Denn wie sich bei Erörterung des fünften Titels ergeben wird, ist es eben der eigentliche Inhalt des Absonderungsrechtes, daß sich der Berechtigte mit Ausschluß aller sonstigen Ansprüche und vor allen andern Ansprüchen an die Objekte halten darf und — da er sie ja in Händen haben muß, sonst besteht kein Absonderungsrecht — auch halten kann. Dieses letztere faktische Moment fehlt nun zwar beim Aussonderungsrechte. Allein auch hier ist das Anfechtungsrecht nicht nöthig; denn soweit die Aussonderung Eigenthum des Aussonderungsberechtigten voraussetzt, kann der Gemeinschuldner ohnehin durch seine Verfügungen dem Aussonderungsrechte nicht präjudiziren; im Allgemeinen weil er Nichteigenthümer ist, und auch da, wo der Grundsatz gilt: „Hand muß Hand wahren", weil unter Thatumständen, welche die Voraussetzung der §§. 23—25 bilden, der Erwerber nie als ein „redlicher" erscheinen würde. Wo aber ein persönliches Recht als Aussonderungobjekt in Frage kommt, werden die Momente, welche eine Anfechtung begründen, jedenfalls auch zur actio doli gegen den Dritten hinreichen.

b. (ausgeübt).

I. Diese Ausübung findet nicht bei dem Konkursgerichte, sondern bei dem an sich zuständigen Gerichte im gewöhnlichen Verfahren statt [8]). In der Regel wird dieselbe durch Anstellung einer Klage erfolgen [9]); indessen

8) Der Gerichtsstand des §. 32 der Civ.-Pr.-O. kann nicht Platz greifen, weil (wie oben erörtert) die Anfechtung nicht auf die deliktische Natur der anzufechtenden Rechtshandlung gegründet ist. Richtet sich die Anfechtung gegen eine bereits vom Anfechtungsbeklagten erlangte Zwangsvollstreckung, so ist §. 690 der Civ.-Pr.-O. maßgebend.

9) Die Motive zum I. E. S. 145 sagen umgekehrt: „Der Weg der Einrede

ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß das Anfechtungsrecht auch einredeweise geltend gemacht wird[10]), wenn z. B. ein Aussonderungsrecht im Wege der Klage verfolgt ist, wenn eine durch ein anfechtbares Geschäft begründete Konkursforderung angemeldet wird u. dgl. Den einzelnen Gläubigern steht eine Nebenintervention in dem Sinne und in dem Umfange, wie die Civilprozeßordnung (§§. 63 und 64) die Nebenintervention begränzt, jederzeit offen; nicht aber können sie als selbstständige Streitgenossen des Verwalters auftreten[11]).

II. Wird das Anfechtungsrecht im Wege der Klage geltend gemacht, so läßt sich ein doppelter Weg denken: eine bloße Präjudizialklage mit dem Antrage: „anzuerkennen, daß die betreffende Rechtshandlung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sei[12])." Oder aber es kann sogleich die Klage auf die weggegebene Sache oder aus dem aufgegebenen Rechte gestellt und hier wieder entweder die Klage selbst durch die Anfechtungsbefugniß begründet oder die Einrede aus der angeblichen Rechtshandlung des Gemeinschuldners abgewartet und dieser mit der Anfechtungsbefugniß begegnet

---

wird für die Anfechtung angemeldeter Forderungen der allein praktische und auch in den meisten anderen Fällen zur Abwehr unberechtigten Angriffs dem Wege einer besonderen Klagerhebung vorzuziehen sein."

10) Die Pr. K.-O. hat in §. 110 diesen Satz besonders aussprechen zu sollen geglaubt; indessen ist er selbstverständlich und bedarf deshalb keiner Erwähnung im Gesetze.

11) Vgl. Prot. S 26. Ebenso Hullmann S. 153, Petersen S. 162, Stieglitz S. 171, v. Wilmowski S. 184. Dagegen wollen Otto S. 154 und Schultze S. 68 die Gläubiger auch nicht als Nebenintervenienten zulassen, wobei sie sich nicht mit Unrecht auf die Motive (S. 146) berufen können, welche auch in dieser Nebenintervention eine „Ausübung des Rechtes" sehen, die doch den Gläubigern ein für allemal untersagt sein soll. Fitting § 17 Note 1 ist gleichfalls der im Texte vertretenen Ansicht, nimmt aber im Hinblick auf § 13 Abs. 4 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 an, es komme nunmehr auch §. 66 der Civ.-Pr.-O. zur Anwendung, was allerdings begründet erscheint, nachdem diese gesetzliche Bestimmung zur Anwendung zu kommen hat, so oft der Nebenintervenient die im Prozesse gefällten Entscheidungen gegen sich gelten lassen muß und dies in §. 13 Abs. 4 in Betreff der Einreden für die Gläubiger ausdrücklich anerkannt ist.

12) Diese Präjudizialklage wird besonders dann am Platze sein, wenn das aus der fraglichen Rechtshandlung entspringende Recht im Konkurse noch nicht geltend gemacht ist, der Verwalter aber sich gegen eine nachträgliche Geltendmachung oder sonstige nachtheilige Folgen schützen will. Da das Recht der Gläubiger auf Anfechtung ein unbedingtes ist, so wird auch eine Erklärung des Anfechtungsbeklagten, er werde seinen Anspruch den Konkursgläubigern gegenüber nicht geltend machen, nicht verhindern können, daß der Richter die

werden [13]). Die Frage, welcher von diesen Wegen einzuschlagen sei, ist eine Frage der Prozeßpolitik. In den meisten Fällen, in welchen die Klage sofort auf die Anfechtungsbefugniß gestützt wird, muß sich — genau analysirt — dieses Vorbringen als antizipirte Replik darstellen [14]). Denn an und für sich erstreben die Gläubiger bezw. der Verwalter durch die Anfechtung, einen bestimmten Vermögenstheil zur Masse zu ziehen. Hiegegen kämpft derjenige an, welcher sich auf das angefochtene Geschäft stützt, indem er sich auf eine Verfügung des Gemeinschuldners beruft, die unter gewöhnlichen Verhältnissen ihn allerdings berechtigen würde. Allein gegen diese Berechtigung bringen nun die Anfechtungskläger die Beschuldigung der ausnahmsweisen konkreten Rechtsunwirksamkeit vor, und das heißt eben: sie repliziren.

Die Person, gegen welche das Anfechtungsrecht sich richtet, ist zwar der Gemeinschuldner [15]), allein die Anfechtung selbst geht nicht gegen den Gemeinschuldner [16]), er kann sogar nicht in diesem Rechtsstreite als

---

Unwirksamkeit durch Urtheil ausspreche; anderer Ansicht v. Sarwey S. (127) 152.

13) Das Preußische Gesetz vom 9. Mai 1855 §. 14 enthält die Bestimmung: „Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage, so hat der Gläubiger sogleich in der Klage seinen Antrag darauf zu richten, was der Verklagte zu thun oder zu dulden für schuldig erkannt werden soll." Nach den Motiven zu §. 22. der K.-O. findet diese Vorschrift im Konkurse keine Anwendung mehr.

14) Ebendeshalb dürfte auch das Vorbringen der Anfechtung replicando nicht als eine unzulässige Klageänderung erscheinen. Gesetzt, der Gemeinschuldner A hat in anfechtbarer Weise das Objekt X an B verkauft und übergeben, so kann der Konkursverwalter die Rückforderung immer nur auf das Eigenthum des A stützen und wenn er die Anfechtungsbefugniß schon in der Klage erwähnt, so kann er dies nur, indem er sagt: „zwar wird B behaupten, daß A nicht mehr Eigenthümer sei, weil der A ihm, dem B, das Objekt X verkauft und tradirt habe; allein dieses Geschäft ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam." Er kann aber nicht seine Klage einfach darauf gründen, daß das zwischen A und B abgeschlossene Kaufgeschäft unwirksam sei, denn daraus folgt ja noch nicht, daß das Objekt gerade dem A gehöre, es kann ja auch dem C oder D gehören. Ebenso Petersen S. 126, Stieglitz S. 129, v. Wilmowski S. 151 gegen v. Sarwey S. (128) 152.

15) Im Sinne der herrschenden Ansicht über die Vertretung des Gemeinschuldners durch den Verwalter dagegen wird von Fitting, Mandry, v. Wilmowski der Gemeinschuldner als der Anfechtungsberechtigte erklärt.

16) Die Ansicht, welche in Fuchs, Deutscher Concursprozeß (S. 54) aufgestellt wird, daß der Gemeinschuldner hinsichtlich seines neu erworbenen Vermögens Anfechtungsbeklagter sein könne, wird mit Recht von dem Recensenten in Zarncke's literar. Centralblatt (von 1877 Nr. 39) gerügt. Vgl. indessen oben §. 11 lit. c.

Partei beigezogen werden[17]); die Anfechtung geht gegen denjenigen, mit welchem oder zu dessen Gunsten der Gemeinschuldner die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen hat. Der Gegenkontrahent, der durch die anfechtbare Handlung zum Gläubiger gewordene Dritte, der durch dieselbe befreite Schuldner des Gemeinschuldners oder deren Rechtsnachfolger sind die Prozeßgegner, denn diese Personen sind es, welche die Folge der Anfechtung trifft; sie sind es, welche die Sache herausgeben, die Zahlung leisten, die Verpflichtung aufheben sollen.

III. Eine andere Zweifelsfrage ist es, ob dem Verwalter nur die Ausübung des Anfechtungsrechtes im Konkurse oder ob ihm das konkursrechtliche Anfechtungsrecht als solches ausschließlich eingeräumt sei? Ich glaube, so viel muß jedenfalls zugegeben werden, daß, falls es dem Gläubiger nicht gelingt, den Verwalter durch konkursgemäße Mittel (vergl. oben Note 6) zur Thätigkeit zu zwingen, ihm überhaupt nicht nur innerhalb des Konkursverfahrens kein Anfechtungsrecht zusteht, sondern auch die konkursrechtlichen Anfechtungsgründe von ihm nicht benutzt werden können. Es kann daher der einzelne Gläubiger die angemeldete Forderung im Prüfungstermine auf Grund der ihr angeblich entgegenstehenden Anfechtbarkeit nicht bestreiten, sondern es muß diese Bestreitung von dem Verwalter ausgehen und sie kann nur von ihm ausgehen[18]).

Zweifelhafter ist es, ob auch nach Beendigung des Konkursverfahrens gegen den Gemeinschuldner und während des Konkurses gegen einen Dritten, soferne sich die thatsächlichen Verhältnisse so gestalten, daß ein Gläubiger selbstständig einen Rückforderungs- oder Entschädigungsanspruch formuliren könnte, er hiezu nicht berechtigt wäre[19]). Indessen hat sich der Regierungsvertreter bei der Berathung mit aller Schärfe in der entgegengesetzten Richtung geäußert[20]). Derselbe sagte: „Die Anfechtung, soweit sie in der Konkursordnung geregelt ist, muß als ein Ausfluß des Konkursrechtes angesehen werden, so daß also dieses Anfechtungsrecht in der Dauer des Konkurses seine Beschränkung hat. Mit Beendigung des Konkurses hört das Anfechtungsrecht auf Grund der Vorschriften der Konkursordnung auf.“ Folge davon ist:

---

17) Vgl. das Erk. des Berl. Obertribunals vom 18. Sept. 1862 (Striethorst Bd. 46 S. 204).

18) Ebenso Fitting § 17 Note 2, v. Wilmowski S. 184. Vgl. auch K.-Prt. S. 92. Anderer Ansicht ist Mandry (S. 523 unten und 524 oben.)

19) Es können hier praktisch nur die Fälle des §. 23 der K.-O. in Betracht kommen, die übrigen deckt ohnehin das Gesetz vom 21. Juli 1879.

20) K.-Prt. S. 27.

a) Daß wenn vom Gläubiger zur Zeit der Konkurseröffnung eine Anfechtungsklage erhoben war, dieser Rechtsstreit unterbrochen wird und der Verwalter allein denselben fortsetzen kann. Von ihm kann dann der Anspruch nach Maßgabe der K.-O. erweitert (§§. 240 und 491 der Civ.-Pr.-O.) oder es kann ein neuer Prozeß, auf die Vorschriften der K.-O. gestützt, begonnen werden[21]).

b) Wenn zur Zeit der Beendigung des Konkursverfahrens durch Zwangsvergleich oder Einstellung[22]) ein vom Verwalter angestrengter Anfechtungsprozeß noch schwebt, so können denselben weder der Verwalter, weil seine Funktion beendigt ist[23]), noch der Gemeinschuldner, weil ihm selbst gegenüber die von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen jederzeit wirksam bleiben[24]), noch auch der einzelne Konkursgläubiger, weil diesem überhaupt die Ausübungsbefugniß für konkursrechtliche Anfechtungsgründe fehlt, fortführen. Ueber diesen letzteren Punkt sagen die Motive zum Gesetze vom 21. Juli 1879[25]): „Daß nach Beendigung des Konkursverfahrens die Aufnahme noch etwa anhängiger Anfechtungsprozesse, welche von dem Verwalter angestellt sind, nicht durch einen einzelnen Gläubiger zugelassen werden kann, ergibt sich, abgesehen von der Frage, wer von den Gläubigern zuzulassen sein und wer von ihnen zugelassen werden würde, daraus, daß der Ver-

21) Aus dem Erstrittenen sind dem prozeßführenden Gläubiger vorweg die Prozeßkosten zu ersetzen, auch bleibt ihm (vorbehaltlich des §. 23 Nr. 1 der K.-O.) eine bereits erstrittene Sicherung oder Befriedigung gewahrt. Lehnt der Verwalter die Fortsetzung bezw. Aufnahme des Rechtsstreites ab, so kann derselbe hinsichtlich der Prozeßkosten von jeder Partei aufgenommen werden. Alles das ist jetzt durch §. 13 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 außer Zweifel gestellt.

22) Die Beendigung des Konkurses durch Ausschüttung der Masse (Schlußvertheilung) setzt ohnehin die Beendigung der Prozesse voraus.

23) So hat sich schon das Berl. Obertribunal auf Grund der Pr. K.-O. ausgesprochen. Erk. vom 15. April 1862. (Entsch. Bd. 47 S. 39.) Striethorst Bd. 45 S. 192.)

24) Man hat das Gegentheil mit der Argumentation begründen wollen, daß der erhobene Anfechtungsanspruch Bestandtheil der Masse sei und deshalb mit Freigebung der Masse an den Gemeinschuldner übergehen müsse. Allein wie das reichsgerichtliche Erkenntniß vom 14. März 1882 (Entscheid. Band VII S. 36) darlegt, ist der Uebergang der Masse dahin zu verstehen, daß die durch die Konkurseröffnung aufgehobene Dispositionsbefugniß des Schuldners wieder auflebt; dieselbe kann aber nicht mehr umfassen, als worüber er auch früher disponiren konnte.

25) Diese Motive sind deshalb zu beachten, weil die allgemeine Fassung des §. 13 Abs. 4 („nach der Beendigung des Konkursverfahrens können Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Konkursverwalter zustand, von jedem einzelnen Gläu-

walter die Anfechtungsrechte aller Gläubiger, aber kein Gläubiger das Recht des Verwalters auszuüben hat."

c) Keine Ausnahme von den bisher erörterten Grundsätzen ist es, daß das freie Vermögen des Schuldners auch hinsichtlich der Anfechtung den Bestimmungen der Konkursordnung nicht unterliegt. Daher können Rechtshandlungen, welche der Schuldner hinsichtlich seines freien Vermögens vorgenommen hat, von den Gläubigern auch während des Konkurses nach Maßgabe des Gesetzes vom 21. Juli 1879[26]) angefochten werden[27])."

---

§. 30.

Wirkung der Anfechtung.

Was durch die anfechtbare Handlung [a]) aus dem Vermögen des Gemeinschuldners [b]) veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden [c]).

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung [d]) hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist. [e]).

I. Entw. §. 37; II. Entw. §. 30; Pr. H. G. Art. 760; Pr. K. O. §. 106. B. P. O. Art. 1226 Abs. 1 u. 2.

a. (durch die anfechtbare Handlung).

Der vom Gesetze gebrauchte Ausdruck muß ganz allgemein ausgelegt werden; nicht blos was unmittelbar durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen genommen wurde, sondern überhaupt Alles, was in Folge dieser Handlung an dem Vermögen abgeht, ist zurückzugewähren; „die angefochtene Handlung übt gegen die Konkursgläubiger keine Wirkung, hinsichtlich der Gläubiger wird es so angesehen, als ob die Handlung nicht geschehen wäre; insoferne könnte man als die allgemeine Folge der begründeten Anfechtung bezeichnen: Wiederherstellung des vor der angefochtenen Handlung bestandenen Rechtszustandes [1])". (Motive.)

b. (aus dem Vermögen des Gemeinschuldners).

Wenn der Gemeinschuldner z. B. einen Bürgen seiner Haftung entlassen oder ein ihm zur Sicherung einer Forderung gegebenes Depot zurückgestellt hat, ist zwar eigentlich und in erster Linie nicht das Vermögen des

---

biger nach Maßgabe dieses Gesetzes geltend gemacht werden") zu der entgegengesetzten Annahme verleiten könnte.

26) Nach §. 13 letzter Absatz dieses Gesetzes.

27) Allein doch wohl nur unter der Beschränkung des §. 11 der K.-O.

1) l. 38 §. 4 D. de usuris (22, 1) „ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset." In diesem Umfange ist schon bisher die Pauliana allgemein in der Praxis zugelassen worden.

Gemeinschuldners, sondern das des Bürgen und des Eigenthümers des Depots betroffen; allein die Handlung bildet immerhin eine Benachtheiligung der Gläubiger, indem deren Befriedigungsobjekt sich verringert hat, und sonach erstreckt sich der oben gebrauchte Ausdruck auch auf solche Fälle.

c. (muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden).

I. Die Art der „Zurückgewährung" richtet sich nach der Beschaffenheit des angefochtenen Geschäftes. „Wenn die Vermögensverringerung, gegen welche die Anfechtung durchgreift, noch in den Grenzen obligatorischer Beziehung zu dem Gegner geblieben war, so bewendet es bei der Wirkungslosigkeit der Handlung; die aufechtbar erklärte Verpflichtung, Anerkennung, Verpfändung, Verbürgung, Entlassung, Quittung, Entsagung u. s. w. ist für die Konkursgläubiger nicht verbindlich; der Konkursverwalter macht die durch die soeben genannten Vorgänge beeinträchtigten Rechte des Gemeinschuldners gerade so geltend, als ob die fragliche Handlung nicht erfolgt wäre." (Motive.) Ist aber eine Sache aus dem Vermögen effektiv herausgekommen oder ist ein Recht, das dem Gemeinschuldner zustand, beseitigt worden, so muß die Rückgabe erfolgen, die Sache[2]) muß zurückübertragen, die Forderung muß zurückcedirt werden. „Die Verpflichtung zur Rückgewähr kann auch den Inhalt haben, daß der Gegner die in öffentlichen Büchern gelöschten Rechte wieder eintragen oder die eingetragenen Rechte wieder löschen lasse." (Motive.)

Wenn derjenige, welcher durch das anfechtbare Geschäft die Sache oder das Recht erlangt hatte, diese weiter begibt, so wird er deshalb von der Pflicht zur Rückgewährung noch nicht befreit[3]). Er muß den Werth[4]) ersetzen[5]). Dieses ist besonders hervorzuheben, weil das Preuß. Obertribunal bisher den mit §. 30 übereinstimmenden §. 106 der Preuß. K.-O. zwar verschieden auslegte, die Praxis aber im Ganzen dahin ging, es sei als Voraussetzung der Anfechtungsklage zu erachten, daß der Erwerber noch im

---

2) Ist die Forderung an ein Papier, Wechsel, Hypothekenbrief, Konossement u. s. w. geknüpft, so muß eben dieses Papier restituirt werden. Mit der Sache sind natürlich auch die dazu gehörenden Früchte, selbst die schon bezogenen, zurückzugeben; dies folgt aus der Unredlichkeit des Anfechtungsgegners und liegt in dem allgemeinen Ausdruck des Gesetzes.

3) Natürlich steht daneben dem Anfechtungskläger ein Anspruch gegen den dritten Besitzer zu, soweit ein solcher Anspruch nach §. 33 begründet ist.

4) Wenn die Sache entgeltlich weiter veräußert wurde, so bemißt sich der Werth zuvörderst nach dem erzielten Entgelt. Der Anfechtungsbeklagte, welcher einen Kaufpreis erzielt hat, kann niemals weniger herausgeben müssen, als dieser beträgt, wohl aber unter Umständen mehr.

5) Erk. des R.-G. vom 12. Dezember 1883. (Blum Analen VII S. 174).

Besitze der Sache sei[6]). Hat er in der Zwischenzeit mit der Sache Veränderungen vorgenommen, die sie geringer machen, sei es physisch oder rechtlich, z. B. indem zu Gunsten eines Dritten Rechte auf dieselbe gelegt wurden[7]), so muß diese Werthminderung beseitigt oder Ersatz dafür geleistet werden[8]). Daß der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsbeklagten anstatt des Werthersatzes auch die Abtretung der dinglichen oder persönlichen Klage verlangen kann, welche dem Anfechtungsbeklagten gegen den dritten Erwerber zusteht, folgt aus der Pflicht der vollen Rückgewährung und ist auch bisher schon sowohl gemeinrechtlich[9]) wie für den analogen §. 106 der Pr. KO. anerkannt gewesen.

II. Die Person, welche zurückzugewähren hat, bestimmt sich nicht durch die Thatsache des faktischen Innehabens. Der §. 30 der K.-O. unterscheidet ohngeachtet verschiedener Fassung sich darin nicht von seiner Quelle, der Pr. K.-O., welche in dem analogen §. 106 Abs. 1 der Gläubigerschaft das Rückforderungsrecht „gegen den Erwerber" einräumte, und zwar deshalb nicht, weil von der Praxis[10]) angenommen wurde, daß hierunter immer nur der erste Erwerber zu verstehen sei[11]). Nach der K.-O. ist die Pflicht zur Rückgewährung an die Vornahme der die Gläubiger be-

6) Das ROHG. hat dagegen in seinen Erkenntnissen vom 6. Juni 1873 und vom 9. Juni 1874 (Bd. X S. 250 und Bd. XIII S. 381) die im Texte aufgeführte Ansicht schon für das Gemeine und Preußische Recht anerkannt und in demselben Sinne hat sich das Reichsgericht in einem (bei Rassow u. Küntzel Beiträge Bd. XXIV S. 1069) abgedruckten Erkenntnisse vom 16. Dezember 1879 ausgesprochen.

7) In wie weit diese Rechte Dritter etwa von selbst erlöschen, ist bei §. 33 zu erörtern.

8) Die Motive (zum II. E. S. 148) sagen zwar, diese, sowie die oben erörterte Frage wegen Herausgabe der Früchte sei „nach dem bürgerlichen Rechte zu beantworten"; allein ich glaube nicht, daß dies richtig ist. Das Gesetz sagt ganz allgemein: „was veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zurückgewährt werden" und es ist also die Pflicht des Anfechtungsbeklagten vollständig festgestellt, Alles zurückzugewähren, was die Masse hätte, wenn die anfechtbare Handlung unterblieben wäre. Ebenso Hartmann S. 80, A. A. Fitting §. 18 Note 5, v. Wilmowski S. 191. Für das Gemeine Recht ist übrigens diese Pflicht anerkannt in einem bei Seuffert Bd. 26 Nr. 97 (S. 158) abgedruckten Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Berlin vom 12. Mai 1871.

9) Fr. 14 D. (42,8). Erk. des Berliner Obertribunals vom 4. Mai 1863 (Entsch. Bd. 49 S. 28). Dagegen ist der Anfechtende nicht gezwungen, sich mit der Abtretung der Klage zu begnügen. Ebenso Petersen S. 165.

10) Vergl. das Erk. des Berliner Obertribunals vom 7. Juni 1864 (Striethorst Bd. 53 S. 351).

11) Mandry S. 525.

nachtheiligenden Handlung geknüpft; derjenige hat den Bestand der Masse wieder herzustellen, welcher unter der in §§. 23, 24 u. 25 näher bezeichneten Voraussetzung denselben alterirt hatte, welcher neben dem „Schuldner bei dem anzufechtenden Rechtsakte mitbeschäftigt war[12]." Nur auf ihn bezieht sich §. 30, denn den Nachfolger behandelt ja §. 33 selbständig; diejenige Person, welche bei einer der Anfechtung unterliegenden Handlung als der „andere Theil" erscheint, haftet primär; es muß daher, auch wenn es sich um eine aus der Masse weggekommene Sache handelt, der Verwalter nicht vorher den gegenwärtigen Besitzer ausklagen[13]), obwohl ihm dies, soferne hiezu die Voraussetzungen gegeben sind, zusteht.

d. (der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung).

Eine Milderung der bisher erörterten Bestimmungen wegen Rückgewährung findet gegenüber dem gutgläubigen Erwerber statt; ein solcher kann aber nur bei unentgeltlichen Leistungen vorkommen, da nach §§. 23 und 24 die Anfechtung entgeltlicher Leistungen überhaupt nur statthaft ist, wenn der Erwerber in bösem Glauben war[14]); deshalb ist in obiger Gesetzesstelle nur der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung erwähnt, derjenige einer entgeltlichen braucht überhaupt Nichts zurückzugeben. Sonach bezieht sich der zweite Absatz von §. 30 nur auf die Anfechtung nach §. 25, selbstverständlich aber auf beide Ziffern. Auch der gutgläubige Ehegatte muß nur zurückgeben, soweit er bereichert ist.

Den Beweis des guten Glaubens braucht der Empfänger nicht zu führen (quisquis praesumitur bonus donec contrarium probatur), „die Bestimmung begrenzt den Umfang der Gewährspflicht, will der Anfechtungskläger die volle Rückgewähr beanspruchen, so muß er deren Voraussetzung, die Unredlichkeit des Empfängers, beweisen." (Mot.). Dieser Satz muß aber eine Ausnahme erleiden, wenn sogar bei entgeltlichen Verfügungen der böse

---

12) Der erste Erwerber (nicht der Sache, sondern allgemein des Vermögensbestandtheiles, um welchen durch die anfechtbare Handlung die Masse geschmälert wurde) ist natürlich der „andere Theil" der §§. 23, 24 und 25.

13 Wie dies z. B. Art. 1226 Abs. 2 der Bayer. Prozeß-Ord. in gewissen Fällen vorschrieb.

14) Dernburg Bd. II. §. 131 Nr. 1 bezweifelt diesen Satz und meint, nur wenn der Dritte eine der in §. 24 Nr. 2 bezeichneten Personen sei, könne es auf bona oder mala fides nicht ankommen; bei jedem andern Anfechtungsbeklagten müsse dessen guter oder böser Glaube erst noch nachgewiesen werden. Allein wie aus den Berathungen (Prot. S. 27 u. 28) ersichtlich ist, wurde ein Antrag auch im Falle des §. 30 Abs. 1 dieselbe Unterscheidung machen, wie in Abs. 3 abgelehnt. Vgl. Mandry S. 528 Note 31, v. Wilmowski S. 191.

Glaube präsumirt wird. War also der Beschenkte ein Konkursgläubiger und fällt die Schenkung in die Zeit des §. 23 Ziff. 2 oder wurde die unentgeltliche Verfügung zu Gunsten des Ehegatten im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung vorgenommen (§. 24 Ziff. 2), so muß offenbar der Empfänger den Beweis des guten Glaubens führen[15]). Damit „böser Glaube" im Sinne der obigen Gesetzesbestimmung angenommen werde, ist nicht etwa auf Seite des Empfängers eine Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen nachzuweisen, sondern es genügt, wenn der Erwerber Kenntniß von denjenigen Thatsachen hatte, aus denen sich die Anfechtung überhaupt ableitet. Kannte also der Geschenknehmer z. B. die Zahlungseinstellung, den Eröffnungsantrag oder auch nur die Vermögensunzulänglichkeit[16]) des Schenkgebers, so ist er kein „redlicher Empfänger" mehr. Sehr häufig wird es zur Annahme bösen Glaubens genügen, wenn ein vernünftiges Motiv zur Schenkung nicht vorlag; denn wenn z. B. der Bankier A, über den kurze Zeit darauf der Konkurs ausbricht, seinem Bruder plötzlich mir nichts dir nichts 100 Stück Kreditaktien schenkt, so muß doch dieser als vernünftiger Mensch sofort vermuthen, daß im Staate Dänemark Etwas faul sei. Falls der Bankier B seiner Frau bei Geburt des ersten Sohnes einen Brillantschmuck zum Präsent macht, kann sie dies bona fide annehmen und muß nicht auf die Idee kommen, es stehe mit ihm nicht gut; falls er ihr aber de but en blanc seine Villa am Starnbergersee mit allem Mobiliar schenkt und ein halb Jahr darauf seine Zahlungen einstellt, wird der Richter auch ohne weiteren Beweis sie für eine „unredliche Empfängerin" ansehen können; denn sie mußte sich doch fragen: „wie kommt mein Mann dazu, mir ein so großes Geschenk ohne Anlaß zu machen?" und da liegt der Gedanke sehr nahe: „er will für alle Fälle die Villa in Sicherheit bringen." Es läßt sich nun die Frage aufwerfen: wie verhält es sich, wenn zwar die Beschenkte

15) Es würde die entgegengesetzte Ansicht zu folgenden Konsequenzen führen: A kommt am 1. Juli 1880 in Konkurs; am 1. Februar 1880 hat er sein Haus, welches 50,000 Mark werth ist, an seine Ehegattin veräußert und dieses ist (unversichert) am 1. Juni abgebrannt. Hat er nun das Haus an seine Frau um 30,000 Mark verkauft, so muß diese 20,000 Mark den Gläubigern ersetzen, und muß ihrerseits den Beweis des guten Glaubens führen, wenn sie hievon befreit werden will; hat aber die Frau gar nichts bezahlt, sondern das Haus geschenkt erhalten, so müßte sie (nach jener Ansicht) Nichts ersetzen, wenn man nicht ihr den bösen Glauben nachweist. Das heißt: wenn sie gar nichts bezahlt hätte, wäre sie besser daran, als wenn sie 30,000 Mk. bezahlte. Das kann doch nicht sein. A. Ansicht Meisner S. 135 Note 10.

16) Auch wenn er z. B. wußte, der Schenker könne nach seinen Vermögensverhältnissen ein solches Geschenk nicht machen.

anfänglich in gutem Glauben war, später aber die Sachlage inne wurde? Die Motive (zum II. E. S. 148) sagen hierüber Folgendes: „der Zeitpunkt für den Umfang der Rückgewähr wird spätestens durch die Erhebung der Anfechtungsklage oder Geltendmachung der Einrede bestimmt; inwieweit der Geschenknehmer indeß, damit er nicht weiter verfüge, schon durch einen früheren Akt in bösen Glauben versetzt werden kann, richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte." Dies kann ich unmöglich für richtig erkennen; die Bestimmung, welchen Umfang die dem Konkursverwalter nach konkursrechtlichen Vorschriften zustehende Anfechtungsklage habe, ist selbst eine rein konkursrechtliche, sie muß nach der Konkursordnung und darf nicht nach anderweitigen Normen beurtheilt werden[17]). Ich halte aber überdies die Frage durch §. 30 Abs. 2 vollständig entschieden. Gutgläubig ist der Empfänger naturgemäß nur so lange, als er den guten Glauben hat; sobald er ihn verliert, wird er ein unredlicher Empfänger und muß als solcher behandelt werden. Wenn in obigem Beispiele die Ehefrau des Bankier den ihr als Kindbettgeschenk verehrten Brillantschmuck auch dann noch behält, wenn sie in Erfahrung bringt, daß ihr Mann den Antrag auf Konkurseröffnung gestellt hat, so unterscheidet sie sich in Nichts von derjenigen Ehefrau, welche von ihrem insolventen Manne sich Etwas schenken läßt. Ist ihr, so lange sie in gutem Glauben war, z. B. der Schmuck gestohlen worden, so haftet sie nicht; wenn dies aber nachher geschieht, so wird ihr ein Gegenstand entwendet, von dem sie wußte, daß sie ihn nicht in Händen behalten, sondern zurückgeben sollte, und hat sie dies nicht gethan, so haftet sie für den Werth[18]).

---

17) Es geht durchaus nicht an, daß nach dem Civilrechte in X der Beklagte der Konkursmasse das, nach dem in Y jenes zu leisten hätte. Und nach welcher Rechtsnorm soll denn entschieden werden; etwa nach der Lehre von der mala fides superveniens bei der Ersitzung?

18) Ich gehe darin also noch weiter, als der Reg.-Vertreter in den Kommissionsberathungen. Dieser stimmte dem Abg. Hullmann bei, welcher bemerkte: „es könne nicht blos darauf ankommen, daß der Empfänger zur Zeit des Empfanges in gutem Glauben gewesen sei; vielmehr müsse die bona fides bis zu derjenigen weiteren Handlung fortbestanden haben, durch welche er sich außer Stand gesetzt habe, die ganze Leistung zurückzugewähren. Wenn also z. B. der Empfänger anfänglich in bona fide war, nachmals aber in malam fidem gerieth und nunmehr veräußerte, so dürfe seine Haftung nicht auf die Bereicherung beschränkt werden". Nach meiner Meinung gilt dies nicht bloß für Handlungen des Empfängers, sondern für jedes Ereigniß, wie aus dem im Texte gewählten Beispiele hervorgeht. Die Ablehnung des Grütering'schen Antrages (K. Pr. S. 28) spricht nicht hiegegen. Mit mir stimmen überein Fitting §. 19 Note 12, Hartmann S. 85, Petersen S. 167, v. Sarwey S. (171) 204, v. Wilmowski S. 192.

e. (bereichert ist).

Dieser Ausdruck findet sich bereits in §. 6 der KO.; es ist schon früher[19]) erörtert worden, daß er dort dem in §. 7 der KO. gebrauchten Ausdrucke gleich sein soll. Im vorstehenden Paragraphen hat er vollständig die Bedeutung des gemeinrechtlichen: „in quantum locupletior factus est", und wird daher seine Anwendung nicht zweifelhaft sein können. Die Pr. KO. §. 106 Abs. 2 hatte die Fassung: „das Rückforderungsrecht kann nur insoweit ausgeübt werden, als der Erwerber zur Zeit der Anfechtung noch im Besitze der durch die freigebige Verfügung erlangten Sache sich befindet oder durch den aus derselben gelösten Werth noch wirklich reicher ist". Wenn demnach dem Beschenkten mit oder ohne Verschulden[20]) die Sache oder deren Werth abgängig oder geringer geworden ist, wenn er keines von beiden überhaupt oder doch in unversehrtem Zustande mehr besitzt, so leistet er keinen Ersatz für das Nichtvorhandene bez. Geminderte. Und auch dann nicht, wenn er das Geschenk in nicht entgeltlicher Weise verwendet, z. B. sich damit einen Genuß verschafft hat, denn dieser kann wohl eine innere Bereicherung bilden, aber er bildet keine Bereicherung im Sinne des Gesetzes. Wenn z. B. die mehrerwähnte Bankiersfrau den Brillantschmuck verkauft und den Erlös verwendet hat, um nach Paris zu reisen, dort bei Maestro Bordogni Gesangsunterricht zu nehmen, und dadurch befähigt wurde, nach dem Konkurs ihres Mannes ein Engagement anzunehmen, das sie und ihre Familie ernährt, so ist zwar die Beschenkte durch das Geschenk in gewisser Weise entschieden „bereichert", aber sie hat doch keinen Ersatz zu leisten[21]).

Wie aber dann, wenn die gegenwärtige Bereicherung größer ist, als der ursprüngliche Werth? Z. B. A schenkt seinem Neffen und Firmpathen B am Neujahr 18 . . 5 Stück Kreditaktien, welche an diesem Tage (Wiener Börse) 290 stehen. B verkauft sie am 1. Juli 18 . . zu 220; am 7. Mai 18 . . bricht über A der Konkurs aus und der Verwalter fordert von B

---

19) Vgl. S. 148 u. 155.

20) Die Lehre des Gemeinen Rechtes geht zwar dahin, daß ein Wegfall der Bereicherung durch Schuld des Bereicherten die condictio nicht ausschließe. Allein die Voraussetzungen, welche dafür gefordert sind, damit man sagen könne, die Bereicherung sei mit Schuld des Bereicherten weggefallen (vgl. Note 3 in Windscheid's Pandekten II S. 541), treffen in dem in §. 30 supponirten Falle niemals zu.

21) Selbstverständlich immer ihre bona fides vorausgesetzt. Anders wenn z. B. mit dem vereinnahmten Erlöse aus der geschenkten Sache Schulden bezahlt oder andere nothwendige Ausgaben bestritten wurden, weil dann in diesem Falle die eigenen Mittel gespart und frei verwendet werden können. Erk. des Münchner OAG. v. 22. Februar 1870 bei Seuffert Bd. 29 Nr. 32.

die Aktien am 15. Juni 18 . . (wo sie an der Wiener Börse mit 250 notirt sind) zurück. Hätte B die empfangene Leistung zurückzugewähren, „soweit er durch sie bereichert ist", so müßte er 1600 fl. ö. W. zurückgeben. Allein indem das Gesetz sagt: „nur insoweit", zeigt sich, daß dasselbe dem Empfänger eine Wohlthat erweisen, ihn aber nicht schlechter als andere stellen wollte, und er muß also nur 5 Kreditaktien und bezw. deren Werth erstatten[22]).

Der anfechtende Verwalter hat übrigens nicht nachzuweisen, wie weit eine Bereicherung noch vorliegt. Dies ist Sache des Gegners. Die Anfechtung stützt sich einfach auf die Minderung der Masse durch eine unentgeltliche Verfügung und verlangt die volle Rückgewähr. Hierauf kann der Anfechtungsgegner einwenden, er sei zur Rückgewähr in natura nicht mehr im Stande und nur in diesem oder jenem Maße bereichert. Dagegen kann dann der Anfechtende entweder diese Momente durch Gegenbeweis entkräften oder darthun, daß der Gegner schon anfänglich in bösem Glauben gewesen oder doch erst dann außer Besitz gekommen sei, als er den guten Glauben verloren gehabt[23]).

---

22) Allerdings kann für Berechnung des Werthes entweder der Zeitpunkt des Geschenkes oder jener der Rückforderung gewählt werden. (Vgl. Windscheid Pandekten Bd. II S. 30.) Allein nachdem der zur Rückgabe Verpflichtete stets berechtigt ist, das Empfangene in Natur zurückzugeben, so kommt im Grunde nur der letztere der oben erwähnten beiden Momente in Betracht. Daß er aber (wie Meisner S. 136 Note 12 anzunehmen scheint) auch den von ihm etwa erzielten Mehrerlös zurückzuerstatten hätte, ist nicht anzunehmen. Denn womit will der Konkursverwalter z. B. in obigem Beispiele beweisen, daß der Gemeinschuldner die Aktien auch am 1. Juli verkauft hätte und das Geld noch in der Masse wäre? Entscheidend für die von mir vertretene Ansicht bleibt die Befugniß, sich durch Restitution des Empfangenen zu befreien.

23) Wenn z. B. von dem Beschenkten der Kaufpreis für das von ihm veräußerte Geschenk gefordert wird, so genügt die Behauptung, daß der Beschenkte das Kaufgeld eingehoben hatte. Sache der Einrede ist es zu zeigen, daß und inwieweit die durch das Kaufgeld erlangte Bereicherung nicht mehr vorhanden ist." Erk. des ROHG. v. 5. Mai 1875 und vom 14. Juni 1877 (Entscheid. Bd. XVI S. 164, u. Bd. XXII S. 300.) Ich gehe noch weiter und glaube, daß nicht einmal der Nachweis der Einhebung des Kaufgeldes dem Anfechtenden obliegt, sondern nur der Nachweis der Schenkung. Dies begründet die Pflicht zur Rückgabe des Geschenkes in natura. Jede Aenderung an dieser Pflicht ist vom Beklagten zu begründen.

§. 31.

Herausgabe der Gegenleistung.

Die Gegenleistung[a]) ist aus der Konkursmasse zu erstatten[b]), soweit sie sich in derselben befindet[c]), oder soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist[d]). Darüber hinaus[e]) kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden[f]).

I. E. §. 38; II. E. §. 31; Pr. H. G. Art. 761; Pr. KO. §. 107; B. P. O. Art. 1226 Abs. 3.

a. (Die Gegenleistung).

Unter dem Ausdrucke „Gegenleistung" ist dasjenige zu verstehen, was aus Veranlassung des angefochtenen Geschäftes dem Gemeinschuldner zugegangen ist. Es ist keineswegs erforderlich, daß gerade derjenige, gegen welchen die Anfechtungsklage erhoben wurde, die Leistung gemacht habe; es genügt, daß die Leistung sich als „Gegenleistung" aus Veranlassung des Geschäftes darstellt. Z. B. Kaufmann A sieht sich am 1. Juli 1880 außer Stand, einen fälligen Wechsel von 2000 Mark an die Vereinsbank zu zahlen; sein Schwiegervater B gibt ihm eine Eisenbahn-Obligation von 2000 Mark zur Deckung unter der Bedingung, daß A das bisher nicht versichert gewesene Heirathsgut von 10,000 Mark der Frau A auf seinem Hause als Hypothek eintragen läßt. Dies geschieht, am 7. Juli 1880 aber muß A seine Insolvenz erklären. Wenn nun der Konkursverwalter Namens der übrigen Gläubiger die erwähnte Hypothekbestellung als in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung erfolgt auf Grund des §. 23 Ziff. 3 der KO. der Frau A gegenüber anficht, so gewährt §. 31 das Recht, die Wechseldeckung von 2000 Mark für den Schwiegervater zurückzufordern, selbstverständlich aber nicht von der Vereinsbank, welcher der Wechsel bezahlt worden ist, sondern nur von dem Konkursverwalter[1]). Dagegen wird theils aus der allgemeinen Fassung des §. 31, theils aus dem Fundamente der Rückforderung, welcher das „Haben ohne Grund" (Motive S. 149) ist, die Folgerung gerechtfertigt sein, daß nicht bloß die Frau A, sondern auch der Schwiegervater zur Rückforderung legitimirt erscheint.

b. (zu erstatten).

I. Ob auch die Früchte zu erstatten sind und ob der Verwalter Erhaltungskosten und Verbesserungen fordern kann, ist nach den Grundsätzen zu bemessen, welche überhaupt hinsichtlich eines redlichen Besitzers maßgebend sind. Vgl. oben S. 409.

---

1) Damit dieser zur Herausgabe verpflichtet erscheint, ist natürlich nöthig, daß die weiteren Voraussetzungen des §. 31 vorhanden sind, was im gegebenen Beispiele kaum der Fall sein wird.

II. Das Gesetz hat schon durch seine Reihenfolge angezeigt, daß die Rückerstattung des durch die angefochtene Rechtshandlung der Masse Entzogenen das Primäre und die Zurückgabe der Gegenleistung das Sekundäre sein soll. Die rechtliche Natur der Anfechtungsklage, als eines restitutorischen Rechtsmittels, erfordert nur, daß gleichzeitig mit der Aufhebung des angefochtenen Geschäfts der diesem vorhergegangene Rechtszustand wieder hergestellt werde. Zur Begründung der Klage gehört daher nicht das Erbieten zur Erstattung der Gegenleistung, sondern der Beklagte muß letztere behaupten und beweisen; es kann diese Einrede, da vom Gesetze das Anfechtungsrecht selbst davon, daß die Gegenleistung erstattet werden kann, nicht abhängig gemacht ist, lediglich den Zweck und Erfolg einer Einschränkung des Klageanspruches haben, nach welcher der Beklagte das Empfangene nur gegen Rückgewährung des Gegebenen zu restituiren hat. Diese Einschränkung tritt — abgesehen von der Frage, ob die Gegenleistung in eben derselben Spezies erstattet werden müsse, — erst bei Ausführung des verurtheilenden Richterspruches in Geltung[2]).

c. (soweit sie sich in derselben befindet).

Der I. E. hatte das Wort beigefügt: „unterscheidbar" (es ist nämlich supponirt, daß die Gegenleistung eine Sache ist und sich noch in natura in der Masse befindet). Für diesen Fall bedürfte es eigentlich keiner ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung. Befindet[3]) sich die Gegenleistung unterscheidbar in der Konkursmasse, so wird sie, sobald das angefochtene Rechtsgeschäft als wirkungslos gegen die Gläubiger erklärt ist, zu einer „fremden"; es ist somit nach den §§. 35 ff. der Anspruch auf Aussonderung und Rückforderung gegeben[4]). Ebenso würde, wenn in Folge des anfechtbaren Geschäftes eine Sache erst nach der Konkurseröffnung zur Masse gekommen sein würde, dieselbe zurückgefordert werden können[5]).

---

2) Aus dem Erk. des ROHG. v. 27. April 1876. (Entscheid. Bd. XX S. 17.)

3) Nach den Motiven zum II. E. S. 149.

4) Ob Geldzahlungen als „unterscheidbar" anzusehen sind, wenn sie z. B. noch verpackt beim Gemeinschuldner sich finden, ist nach den allgemeinen Bestimmungen über Aussonderung zu entscheiden.

5) v. Sarwey bekämpft (unter Zustimmung von Fuchs S. 55, Petersen S. 169, v. Stieglitz S. 179) in seinem Kommentare (S. (175) 207) diese Auffassung, „weil die Pflicht zur Rückerstattung erst nach der Konkurseröffnung datire und nicht auf fremdem Eigenthum beruhe, sondern nur dadurch entstanden sei, daß in Folge einer Handlung des Verwalters (der von ihm durchgeführten Anfechtung) die Masse, welche die Leistung des Gemeinschuldners zurückerhält, nunmehr ohne Grund um die Gegenleistung bereichert erscheint, weßhalb die Pflicht zur Rückgabe nicht als Aussonderungsanspruch, sondern als

d. (soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist).

Diese Bestimmung muß streng nach ihrem Wortlaute interpretirt werden, sonst würde sie weiter führen, als das Gesetz beabsichtigt. Nicht der Gemeinschuldner, nicht dessen Vermögen muß bereichert sein, sondern die Masse als solche, und diese entsteht erst durch den Konkurs. Wenn z. B. der in lit. a. angenommene Fall in das Auge gefaßt wird, so läßt sich wohl kaum läugnen, daß in Folge der Deckung des Wechsels durch den Schwiegervater des Gemeinschuldners gegen diesen um 2000 Mark weniger liquidirt wird, daß er also um diesen Betrag bereichert erscheint oder mindestens um die Prozente, welche bei der Vertheilung auf die Wechselforderung fallen würden [6]). Es hat demnach den Anschein, als ob der Gegner diesen Gegenwerth der Anfechtung gegenüber beanspruchen könnte.

Allein solches ist nicht die Absicht des Gesetzes; es geht dies hervor:

1) aus dem Umstande, daß die Motive zum I. Entwurf wörtlich zum II. Entwurfe wiederholt sind; im I. Entwurfe fehlten aber die Worte „oder oweit die Masse um ihren Werth bereichert erscheint", es läßt sich also nur annehmen, daß dieselben keine materielle neue Bestimmung erhalten sollen, sondern nur Redaktions-Aenderung sind;

Masseschuld nach §. 52 Nr. 1 erscheine. Diese Differenz der Begründung des §. 31 werde von Bedeutung, wenn wir den Fall nehmen, daß die Anfechtung durchgeführt wurde, bevor aber die Leistung zurückgegeben ist, der Anfechtungsgegner selbst in Konkurs geräth. Der Verwalter, welcher die Anfechtung geltend gemacht hat, könnte dann seinen Anspruch auf die hiedurch der Masse zurückzugehende Leistung nur als Konkursgläubiger im Konkurse liquidiren, während wenn man ein Absonderungsrecht für die Gegenleistung annimmt, dieses unbeschränkt wirken würde. Letzteres könne nicht Absicht des Gesetzes sein.„ — Es wird sich aber doch wohl nicht anders entscheiden lassen, wie §. 31 einmal (ob legislativ richtig, will ich nicht untersuchen) lautet. Denn wie sollte sich nach v. Sarwey's Ansicht, daß „der Rückforderung der Gegenleistung, soweit die Leistung nicht in die Masse des anfechtenden Verwalters geflossen ist, die Einrede entgegenstehe, insoweit besitze der Verwalter nicht ohne Rechtsgrund" praktisch bei einer untheilbaren Sache durchführen lassen? Ueberdies würde die Aufstellung, es entstehe durch die Vernichtung des angefochtenen Geschäftes eine Masseschuld, im vollen Gegensatze zu dem in lit. c. Erörterten stehen. Die Gläubiger müssen eben, wie überall, die Chancen tragen und der Verwalter muß sich vorher überlegen, was vortheilhafter sein wird, anzufechten oder nicht.

6) Diese Quote erhält freilich der Anfechtungs-Beklagte auch nach dem Gesetze, aber als Konkursgläubiger.

2) aus der Bemerkung des Regierungsvertreters (Reg.-R. **Hagens**[7]): es könne, wenn etwa Zweifel über die Bedeutung des Paragraphen beständen, hinter dem Worte: „soweit" eingeschaltet werden: „nach Eröffnung des Verfahrens".

Demnach erachtet das Gesetz als eine „Bereicherung der Masse" nur jene Fälle, in welchen Seitens des Anfechtungs-Beklagten eine Zahlung erst nach eröffnetem Konkurse zur Masse erfolgte, oder aber die vorher geleistete Sache bereits verkauft, der Erlös aber noch ausständig oder erst nach eröffnetem Verfahren in die Masse gelangt ist. Befindet[8]) aber die Gegenleistung sich nicht in specie in der Konkursmasse und kam auch ihr Werth nicht in dieselbe, so kann auch von einer Erstattung ihres Werthes aus derselben nicht die Rede sein. Was der Andere geleistet hatte **vor** der Konkurseröffnung, hat er in das Vermögen des Gemeinschuldners gebracht, nicht in die Masse als solche, es besteht daher auch nur für den Gemeinschuldner, nicht für die Masse eine Entschädigungspflicht[9]).

Ein Beispiel wird den Gedanken des Gesetzes vollkommen klar ma-

---

7) K. Prt. S. 28.

8) Nach den Motiven S. 149.

9) Die Motive erörtern sehr richtig, daß diese Strenge legislativ vollkommen gerechtfertigt ist. „Die Anfechtung verliere, wenn der Anspruch auf die Gegenleistung stets als Masseschuld behandelt würde, jeden Werth, denn der Gegner erhielte, was ihm auf der einen Seite genommen würde, auf der anderen vollständig wieder zurück. Hiemit stimmt auch **Fitting** §. 18 Note 9 überein, während **Dernburg** Bd. II §. 131 Note 8; **Mandry** S. 531. **Otto** S. 131; **von Sarwey** S. 209 die weitergehende Ansicht vertreten. Wenn man, wie **Stieglitz** S. 179 und v. **Wilmowski** S. 195, den Nachweis verlangt, daß die Gegenleistung in irgend welcher Gestalt einen Bestandtheil der Masse **nach** der Eröffnung des Verfahrens gebildet habe, sonach nur jene Fälle hieher bezieht, in denen der Werth der Gegenleistung zwar schon vor der Konkurseröffnung in das Vermögen des Schuldners gekommen ist, aber sich nach der Eröffnung noch unterscheidbar in derselben befindet (z. B. die Sache ist verkauft, der Erlös als Darlehen gegeben und der Schuldschein in der Masse) ist diese Auslegung allerdings praktisch nicht sehr gefährlich. Allein sie läßt sich mit der Personifikation der Masse (welche doch **Stieglitz** mit mir vertritt) nicht vereinigen. Wenn man freilich, wie die übrigen oben Citirten, hievon Nichts wissen will, wenn man die Masse einfach als das Vermögen des Gemeinschuldners, den Verwalter als Vertreter des letzteren ansieht, wäre die gesetzliche Bestimmung, daß das Vermögen des Gemeinschuldners für die vor der Konkurseröffnung erfolgte Bereicherung nicht hafte, unrichtig. Vollkommen richtig aber ist sie nach der obigen Theorie, wonach die Masse ein durch die Konkurseröffnung entstehendes Rechtssubjekt ist.

chen: Am 1. Juli 1880 hat der Gastwirth A bei Gericht seine Insolvenz angezeigt und die Eröffnung des Konkurses beantragt; der Weinhändler B tauscht am 2. Juli bei dem A 100 Flaschen Bordeaux Lafitte um eine goldene Uhr und Kette ein. Nach eröffnetem Konkurse ficht der Konkursverwalter diesen Tausch an, weil die Flasche Lafitte mindestens 6 Mark, die Uhr aber höchstens 100 Mark, die Kette 200 Mark werth gewesen seien und Weinhändler B von der Insolvenz des A Kenntniß gehabt habe. Nach durchgeführtem Beweis erkennt das Gericht auf Annullirung des Tausches. Hat nun B bisher die Uhr und Kette noch in Händen, so gibt er den Wein zurück und die Sache ist aus; hatte er sofort am 2. Juli dem A die Tauschobjekte eingehändigt und dieser sie um 300 Mark weiter veräußert, so kann er nicht den vollen Erlös beanspruchen[10]), sondern er hat seine Rückforderung an den A zu machen und beziehungsweise dieselbe wie jeder andere Gläubiger im Konkurse zu liquidiren. Befindet sich die Uhr noch in der Masse, die Kette aber hatte A an einen Tändler verkauft, der den Kaufpreis (nachdem der Konkurs schon am 4. Juli eröffnet worden ist) erst am 5. Juli bezahlt, so muß die Masse die Uhr und den Kaufpreis für die Kette zurückgeben.

Es fällt in die Augen, daß somit der erste Satz in §. 31 dem Zufalle großen Spielraum läßt; der Werth dessen, was der Gegenkontrahent zurückerhält, hängt vollständig davon ab, ob seine Gegenleistung in Geld oder in einer Sache bestand und was der Gemeinschuldner mit der Sache gethan hat, ob er sie behielt, bis der Konkurs ausbrach, oder weiter veräußerte. Allein dies ist überhaupt im Konkurse der Fall; wenn ich dem Pferdehändler A nicht auf Kredit (und etwa unter Eigenthumsvorbehalt) ein Pferd verkaufte und derselbe ist, ehe er mich bezahlte, in Konkurs gerathen, so kann ich, wenn er das Pferd behalten hat, dieses aussondern und leide keinen Schaden; hatte er es alsbald verkauft[11]), so muß ich eben mit den Prozenten, die ich schließlich aus der Massevertheilung erhalte, zufrieden sein. Dieselbe Chance laufen übrigens auch die Gläubiger; wenn (um bei dem obigen Beispiele zu bleiben) der Weinhändler B den Wein weiter veräußert hatte und also der Masse 600 Mark zurückzugewähren hat, er kommt aber selbst in Konkurs mit einer Ueberschuldung von 80%, so muß die Masse A, wenn Uhr und Kette noch in natura vorhanden sind, einen Werth von 300 Mark erstatten, bekommt aber nur 120 Mark an Prozenten aus

---

10) Obwohl um die 300 Mark, welche A erlöste, die Masse an sich bereichert erscheint.

11) Wodurch der Käufer nach Art. 306 des A. D. HGB., obwohl dem A das Pferd nicht gehörte, Eigenthümer wurde.

der Masse B; während, wenn zufällig A die Uhr und Kette schon weiter veräußert und das Geld dafür eingenommen hatte, die Masse B ihrerseits auch nur die auf die Forderung treffenden Procente erhält.

d. (darüber hinaus).

Also ebenso dann, wenn die Gegenleistung von vorneherein keine unvertretbare Sache, sondern Geld oder dergleichen gewesen ist, als auch dann, wenn dies zwar der Fall war, aber die Sache bei Ausbruch des Konkurses nicht mehr in Natur vorhanden war, oder ihr Gegenwerth später in die Masse kommt. Insbesondere auch dann, wie schon in der vorhergehenden Erläuterung dargelegt, wenn sich bei der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner noch im vollen Besitze des Erlöses der Sache befunden hat.

e. (geltend gemacht werden).

Die Geltendmachung einer Forderung aus einem in Folge der Anfechtung aufgehobenen Rechtsgeschäfte als Konkursforderung kann natürlich von dem Anfechtungs-Beklagten nicht unbedingt, sondern nur insoweit nicht seine eigene Unredlichkeit bei Abschluß des angefochtenen Geschäftes nach bürgerlichem Rechte einen Entschädigungsanspruch ausschließt, erfolgen[12]). Ferner setzt diese Geltendmachung das Bestehen einer Verpflichtung des Gemeinschuldners voraus. Wenn also z. B. der Anfechtungsbeklagte der dritte Erwerber ist, sonach zwischen ihm und dem Gemeinschuldner überhaupt nicht kontrahirt worden ist, so kann nur insoweit im Konkurse liquidirt werden, als etwa eine actio ex negotiis gestis oder de in rem verso begründet erscheint.

---

§. 32.

Wideraufleben erloschener Forderungen.

Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft.

I. E. — II. E. §. 32; Pr. H.-G. Art. 762; Pr. K.-O. §. 108; B. P.-O. Art. 1228.

I. Der §. 32 der KO. behandelt eine einzelne Anwendung des in §. 31 enthaltenen allgemeinen Grundsatzes für den Fall, daß ein Forderungsberechtigter zu einer Zeit und unter Voraussetzungen von dem späteren Gemeinschuldner befriedigt wurde, welche die Anfechtung dieser Erfüllung begründen. Z. B. wenn A am Tage seiner Zahlungseinstellung

12) Das Gemeine Recht steht auf demselben Standpunkte, wie der §. 31; ebenso die meisten neueren Gesetzgebungen. Die P. KO. §. 107 war dagegen dem Anfechtungsbeklagten gegenüber milder.

dem B einen erst 14 Tage später fälligen Wechsel von 1000 Mark bezahlte u. s. w. Das Gesetz spricht die Folge der von Seite des Gegenkontrahenten zu bethätigenden Zurückgewährung der Leistung speziell aus, und zwar (wie die Motive bemerken) von der Erwägung ausgehend, daß das Wiederaufleben einer Forderung nur mittelst gezwungener Interpretation unter den Gesichtspunkt der „Erstattung der Gegenleistung" gebracht werden könnte.

II. Die Forderung, welche wieder in Kraft tritt, bleibt natürlich dieselbe, wie sie früher war; sie wird nicht etwa eine Forderung an die Masse als solche, wenn sie dies früher nicht gewesen ist. Wenn also z. B. der Gemeinschuldner seinem Bruder wenige Tage vor der Konkurseröffnung einen auf diesen girirten Wechsel bezahlt hat und die Zahlung wird später angefochten, so daß der bezahlte Bruder das erhaltene Geld herausgeben muß, so lebt seine Wechselforderung wieder auf[1]), aber es ist dann eben eine im Konkurs zu liquidirende Forderung. Wenn dagegen z. B. der Hausherr von dem insolventen Miethsmann noch am Morgen vor der Konkurseröffnung den vollen Miethzins für das laufende und das folgende Ziel erlangt hat und diese Zahlung wird nachträglich im Wege der Anfechtung von ihm wieder herausgeholt, so ist die wiederaufgelebte Miethzinsforderung allerdings eine nach §. 41 Ziff. 2 mit dem Absonderungsrechte versehene.

III. Das Gesetz läßt ganz allgemein die Forderung desjenigen wieder aufleben, welcher die angefochtene Leistung zurückgewährt, und sagt keineswegs, daß die Forderung gerade gegen den Gemeinschuldner wieder aufleben müsse[2]). Wenn also z. B. in dem oben gewählten Beispiele A den Wechsel des B dadurch tilgte, daß er auf dessen Anweisung dem C, welchem B 1000 Mark schuldet, diese Summe bezahlt, so kommt es darauf an, wo im Anfechtungswege die Leistung entwährt wird. Muß sie C zurückgegeben (was wohl nur unter den Voraussetzungen des §. 33 zulässig erscheint), so lebt auch seine Forderung gegen A wieder auf, da aber hiedurch dasjenige, was A aus dem anfechtbaren Geschäfte erlangt hatte, auch „aufgegeben" ist, so muß die Wechselforderung des A gleichfalls wieder aufleben[3]),

---

1) Das heißt, er kann den Wechsel wieder begehren und verlangen, daß das „per aquit" durchstrichen wird.

2) Anderer Ansicht von Sarwey S. 179 (213); v. Wilmowski S. 197.

3) Daß der Forderung des Schuldners des Gemeinschuldners, immer die Einrede der turpitudo entgegenstehen sollte, wie v. Sarwey a. a. O. (Note) meint, kann ich nicht annehmen. Vgl. Stieglitz S. 181.

§. 33.

Anfechtung gegen Rechtsnachfolger. a)

Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt[b]).

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger[c]) desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung[d]) statt:

1) wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes[e]) bekannt war, daß der Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen[f]);
2) wenn er zu den im §. 24 Nr. 2 genannten Personen gehört[g]) und nicht beweist, daß er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniß hatte[h]).

I. E. §. 35, 39; II. E. §. 33; Pr. H. G. Art. 759; Pr. KO. §. 199; B. P.-O. Art. 1229.

a) (Anfechtung gegen Rechtsnachfolger.)

Der §. 33 behandelt beide Arten der Rechtsnachfolge, sowohl die Universal- wie die Singularsuccession und gewährt auch gegen diese beiden Successoren die gegen den ursprünglichen Gegenkontrahenten begründete Anfechtung. Es handelt sich hiebei natürlich nur um diese; das heißt, der §. 33 bezieht sich nicht auf die Frage, ob und in wie weit das zwischen dem Gegenkontrahenten und dem Successor geschlossene Rechtsgeschäft anfechtbar ist, sondern ob und in wie weit das zwischen dem Gemeinschuldner und dem Gegenkontrahenten geschlossene Rechtsgeschäft gegenüber dem Successor an Stelle des Gegenkontrahenten angefochten werden könne.

b) (findet gegen den Erben statt).

Der erste Absatz des §. 33 enthält vor Allem die Bestimmung, daß Rechtshandlungen, welche der Erblasser über sein Vermögen bei seinen Lebzeiten vorgenommen hat, auch nach seinem Tode[1]) der Anfechtung unter-

---

1) Dieser Ausdruck ist richtiger, als der in der 1. Auflage gebrauchte, „gegenüber den Erben," da nach Konkursrecht die Anfechtung sich immer gegen den Gegenkontrahenten, nicht gegen den Gemeinschuldner selbst und also auch nicht gegen diesen Erben richtet.

worfen werden können, sei es, daß der Konkurs schon zu Lebzeiten des Erblassers ausgebrochen war, oder erst über den Nachlaß eröffnet wurde. Dies ist eigentlich selbstverständlich. Der erwähnte erste Absatz besagt aber auch, daß, wenn der andere Theil, welcher mit dem Gemeinschuldner die anfechtbare Handlung vorgenommen hat, stirbt, die Anfechtung den Erben dieses Erblassers gegenüber gleichfalls Platz greift[2]). Es mußte dies ausdrücklich erwähnt werden, denn wenn auch einerseits unbestreitbar ist, daß der Erbe im Allgemeinen die Persönlichkeit des Erblassers in rechtlicher Hinsicht fortsetzt, so könnte man doch von einer in das Gebiet der Delikte einschlagenden Natur der Anfechtungsklage ausgehend folgern wollen, daß, wie in manchen anderen Fällen, der Tod die Schuld sühne und den Erben die vom Erblasser verwirkte Strafe nicht mehr treffe.

Diese beiden allgemeinen Sätze erfordern nun im Besonderen allerdings einige nähere Erörterung:

I. Der Konkurs ist über einen Nachlaß ausgebrochen.

Es läßt sich hier unterscheiden:

a) ob der Erblasser bereits seine Zahlungen eingestellt oder sogar den Konkurseröffnungs-Antrag eingebracht hat, oder ob dies erst die Erben thun, und

b) in beiden Fällen, ob die Rechtshandlung, welche der Anfechtung unterworfen werden will, noch vom Erblasser selbst oder erst von den Erben vorgenommen wurde.

Vor allem steht nun fest, daß die in §. 24 und 25 normirten Anfechtungsfälle unter allen vier Alternativen vorhanden sind und daß, wenn von den Erben selbst z. B. aus dem überschuldeten Nachlaß ein Geschenk gemacht wurde, dieses der Anfechtung unterliegt, ebenso aber auch wenn dieses Geschenk noch vom Erblasser herrührte. Ferner ist es nicht zweifelhaft, daß, wenn die Erben einen Konkursantrag einbringen oder wenn sie in Ansehung des Nachlasses die Zahlung einstellen[3]) und auch wenn der Erblasser den

---

[2]) Schon nach Gemeinem Rechte haftet der Erbe, der unbedingt angetreten, für die Pauliana auch über den Umfang des Nachlasses.

[3]) Z. B. der Fabrikant A stirbt, die Wittwe, welche Alleinerbin ist, sieht sich bei Wochenschluß außer Stande, die Arbeiter zu bezahlen, und muß die Fabrik schließen. Vergl. das Erk. des Berliner Obertribunals v. 29. September 1863 (Striethorst Bd. 50 S. 289 u. Bd. 51 S. 144).

Antrag auf Konkurseröffnung bereits eingebracht hat, damit die in §. 23 Nr. 1 und 2 aufgeführten zeitlichen Momente gegeben sind, welche die Anfechtbarkeit begründen. Fraglicher (sagen die Motive zum I. E. S. 185) möchten die Wirkungen einer schon zu Lebzeiten des Erblassers von diesem erfolgten Zahlungseinstellung erscheinen. Diese hat nämlich insoferne ihre Bedeutung verloren, als nicht sie, sondern die Unzulänglichkeit des Nachlasses die Eröffnung des Konkursverfahrens begründet hat. Allein es muß, nachdem das Gesetz eine Ausnahme nicht gemacht hat, daran festgehalten werden, daß die aus der Zahlungseinstellung des Erblassers hinsichtlich der Anfechtung gewisser nach derselben vorgenommenen Handlungen für die Gläubiger begründeten Rechte, seien nun diese Handlungen noch vom Erblasser oder erst von den Erben vorgenommen, auch nach seinem Tode jedenfalls geltend gemacht werden können[4]).

Eine weitere Frage ist, ob auch der Benficialerbe, derjenige, welcher nicht unbedingt die Erbschaft übernommen, die gegen den Erblasser begründete Anfechtung zu vertreten hat. Diese Frage ist zu bejahen, denn wenn er auch nicht persönlich verhaftet ist, vertritt er doch in Betreff des Nachlasses den Erblasser ebenso, wie jeder anderer Erbe[5]).

II. Die Anfechtung richtet sich gegen die Erben des anderen Theiles.

Hier ist von Wichtigkeit die Frage: auf wessen „Kenntniß" kommt es an? Z. B. der Kaufmann A in München hat in der Absicht sich Geld zu machen, um nach Amerika durchzubrennen, sein Waarenlager zu Schleuderpreisen geräumt und zwar zum größten Theile dasselbe an seinen Intimus B veräußert. Der Konkurs bricht aus, bald darauf stirbt B und wird von seinem in Zürich studirenden Neffen C beerbt. Dieser erwidert auf die Anfechtungsklage: „ich habe von der ganzen Sache Nichts gewußt, mir war also die Absicht des A, seine Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt, demnach fehlt die Voraussetzung des §. 24 N. 1 der KO." Dieser Einwand wird nichts helfen: es genügt, daß nachgewiesen wird, der verstorbene B

---

4) Dem widerspricht auch nicht ein in den Entscheidungen des Berliner Obertribunals (Bd. 10 S. 473) abgedrucktes Erkenntniß, welches keineswegs so lautet, wie es hie und da citirt wird (z. B. bei Zimmermann S. 14): „die Anfechtung von Rechtshandlungen der Erben vor der Konkurseröffnung ist unzulässig".

5) Motive zum II. E. S. 153.

habe genau gewußt, daß A die Absicht hatte, seinen Gläubigern das leere Nachsehen zu lassen.

Wie aber ist es nun im umgekehrten Falle? Z. B. am 1. Juli 1880 reicht der Gasthofbesitzer Schwindel in München den Antrag auf Konkurseröffnung ein, welchen zufällig der Rechtspraktikant Fleissig zu präsentiren und weiter zu behandeln hat. Am 2. Juli findet sich der Pfälzer Weinhändler Grob in München ein und ersucht den Wirth Schwindel, er möge ihm der Einfachheit halber einen für bezogenen Wein ausgestellten Wechsel, obwohl er erst am 1. August fällig sei, gleich (unter Diskonto) bezahlen, da er eben Geld brauche, was Schwindel, um den Schein zu wahren, auch thut. Auf der Rückreise erkrankt der Weinhändler Grob und stirbt; sein Erbe ist dessen Neffe, der Rechtspraktikant Fleissig. Die Gläubiger fechten nun nach ausgebrochenem Konkurs die Zahlung des noch nicht fälligen Wechsels auf Grund des §. 23 Nr. 2 der KO. dem Erben Fleissig gegenüber an, weil demselben, als die Bezahlung erfolgte, der Antrag auf Konkurseröffnung bekannt gewesen sei. Dieser Nachweis wird nicht als zulässig erscheinen[6]), der böse Glaube muß auf Seite des verlebten Grob vorhanden gewesen sein[7]).

c. (gegen einen anderen Rechtsnachfolger).

Unter diesem Ausdrucke ist zu verstehen: jeder Dritte, welchem gegenüber der Mitkontrahent eine Rechtshandlung vorgenommen hat, auf Grund deren dieser Dritte an der veräußerten Sache ein Recht beansprucht, durch welches der anfechtende Gläubiger verhindert wird, aus dieser Sache seine Befriedigung zu suchen[8]); demnach jeder dritte Besitzer[9]) der aus dem Vermögen des Gemeinschuldners weggegebenen oder veräußerten Gegenstände, jeder Cessionar der vom Gemeinschuldner übernommenen Schulden und jeder dritte Inhaber der von dem Gemeinschuldner bestellten Pfand-, Zurückbehaltungs- oder Hypothekenrechte; somit jeder Rechtsnachfolger des Ver-

---

6) Anders natürlich, wenn der Erbe die anfechtbare Handlung vornahm, oder daran theilnahm.

7) Im Römischen Rechte sind die Fragen, wessen bona fides entscheide, besonders für die Stellvertretung behandelt worden, vgl. fr. 10 §. 5 D. (42, 8). Da hienach die scientia des tutor den Pupillen in mala fides versetzt, würde (wenn analoge Anwendung auf obigen Fall zulässig wäre, die Anfechtung gegen Fleissig begründet erscheinen.

8) Erkenntniß des R.-G. vom 11. April 1883. (Entsch. Bd. IX S. 84 fg.)

9) Die Pr. KO. hatte in §. 109 mit Unrecht nur diese eine Kategorie aufgeführt.

trags- oder Handlungsgenossen des Gemeinschuldners und der fernere Rechtsnachfolger des ersten Rechtsnachfolgers.

c. (die gegen den letzteren begründete Anfechtung).

„Die Anfechtung hat stets das mit dem Gemeinschuldner geschlossene erste Geschäft zum Gegenstande; ist dieses unanfechtbar, so ist das Vermögensstück rechtsgültig und unwiderruflich aus dem Vermögen des Gemeinschuldners geschieden.“ (Motive.) Daraus folgt also, daß, wenn derjenige, mit welchem der Gemeinschuldner das in Frage stehende Geschäft geschlossen hat, bona fide gewesen ist und diejenigen Momente nicht kannte, deren Kenntniß nach §. 23 und 24 die Anfechtung begründen, diese nicht einem dritten Besitzer gegenüber darauf gestützt werden kann, daß ihm bei seinem Erwerbe die Verhältnisse des Gemeinschuldners bekannt gewesen sind. Es folgt aber ferner, daß es nicht angehen kann, gegen den Rechtsnachfolger mit der Anfechtungsklage aufzutreten, wenn die Anfechtung des Geschäftes dem ersten Kontrahenten gegenüber bereits rechtskräftig zurückgewiesen ist. Ein Erkenntniß des Berliner Obertribunals vom 11. Dezember 1851[10]) sagt hierüber: „die Verpflichtung des dritten Besitzers zur Herausgabe wird so wesentlich bedingt durch die Ungültigkeit des von dem ursprünglichen Erwerber der veräußerten Gegenstände mit dem Gemeinschuldner darüber geschlossenen Vertrages, daß wenn einmal die Gültigkeit des ersten Geschäftes in einem vom Konkursverwalter wider den ersten Erwerber angestrengten Prozesse rechtskräftig festgestellt ist, zugleich hiedurch das Hauptfundament des gegen alle weiteren Erwerber vom Verwalter zu verfolgenden Anspruches für beseitigt erachtet werden muß. Denn wenn auch die zu Gunsten des ursprünglichen Erwerbers ausgefallene Entscheidung für den dritten Besitzer nicht die formelle Bedeutung eines von ihm selbst erstrittenen Judikates haben kann, so muß sie ihm doch in seiner Eigenschaft als Rechtsnachfolger soweit zu Statten kommen, daß auch ihm gegenüber die Gültigkeit des angefochtenen Geschäftes nicht weiter mehr in Frage gestellt werden darf. Dagegen ist es nicht nothwendig, daß die Klage zugleich mit gegen den ersten Erwerber gerichtet werden muß[11]).

---

10) Entscheidungen des Berliner Obertribunals Bd. 22 S. 123. Striethorst, Bd. 6 S. 1. Die Meisten billigen Obiges (v. Sarwey S. (121) 215; Hullmann S. 156; Petersen S. 173; Wengler S. 245; Stieglitz S. 183 fg; dagegen bezeichnet Meisner S. 146 Note 2 diesen Satz als „mehr als bedenklich“ und v. Wilmowski S. 128, 199 als „in dieser Allgemeinheit unhaltbar.“

11) Die Praxis des Berliner Obertribunals schwankte in Bezug auf die Frage,

d. (zur Zeit seines Erwerbes).

Die Fassung unterscheidet sich von der in §. 30 Abs. 2 gewählten dadurch, daß die Zeit des Erwerbes speziell hervorgehoben ist. Deshalb wird eine später eintretende Kenntniß von der Benachtheiligung der Gläubiger dem dritten Erwerber nicht — wie dies oben für den gutgläubigen ersten Erwerber behauptet wurde — entgegengesetzt werden können. Dagegen wird dem Rechtsnachfolger natürlich der Umstand nichts nützen, daß ihm die thatsächlichen Verhältnisse, welche zur Anfechtung führen, zu jener Zeit noch nicht bekannt gewesen sind, zu welcher das ursprüngliche Geschäft mit dem Gemeinschuldner selbst abgeschlossen wurde. Nur die Zeit seines eigenen Erwerbes erscheint als die entscheidende.

e. (seine Gläubiger zu benachtheiligen).

Die Motive[12]) sagen:

„Wäre das ursprüngliche Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners in sich ungültig, so hätte der Vertragsgenosse das Objekt ohne Rechtsgrund in Besitz genommen, rechtlich wäre es im Eigenthume des Gemeinschuldners geblieben; der Konkursverwalter könnte es daher ohne alle weitere Erfordernisse gegen jeden Dritten vindiziren oder abfordern, sofern nur überhaupt das bürgerliche Recht dies einem dritten Besitzer gegenüber gestattet. Da aber nach der KO. das Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners als an sich zu Recht bestehend aufgefaßt wird, so hat sein Vertragsgenosse rechtlich erworben und konnte auch rechtlich weiter verfügen. Nur die Rechtsverletzung der persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners, welche in dessen Geschäft enthalten ist, begründet das Anfechtungsrecht mit dem Inhalt, daß das Geschäft die Wirkung gegen jene nicht habe. Deshalb kann die Anfechtung nur durchgreifen, wenn gegen denjenigen, welcher verfolgt wird, die Verletzung des persönlichen Rechts der Gläubiger geltend gemacht werden kann; das heißt

---

ob bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses nicht stets der Veräußerer mit dem Erwerber gemeinsam belangt werden müsse; vgl. die Entscheid. Bd. 49 S. 356, sowie Striethorst Bd. 15 S. 196 u. Bd. 46 S. 204; dagegen Striethorst Bd. 10 S. 213. Ein Erkenntniß des Reichsgerichts vom 9. Dezember 1883 (Blum Bd. VII S. 176) erklärt den Vertragsgenossen, dessen Schuldner und den Rechtsnachfolger des Vertragsgenossen nicht als nothwendigen Streitgenossen im Anfechtungsprozesse, daher insbesondere der Eid des einen nicht für oder gegen den andern entscheiden könne.

12) Zum I. E. S. 159; zum II. E. wörtlich wiederholt, obwohl der frühere §. 39 erhebliche Veränderungen erhalten hat.

— um eine juristisch feststehende Bezeichnung zu gebrauchen[13]) — das Anfechtungsrecht als solches (das judicium rescindens) ist nicht in rem, sondern in personam. Konsequent kann daher das Gesetz gegen einen Rechtsnachfolger des Vertragsgenossen die Anfechtung nur insofern zulassen, als jene Rechtsverletzung nicht nur gegenüber dem Vertragsgenossen, sondern auch gegenüber dem Rechtsnachfolger vorliegt."

Aus diesen Grundsätzen müßte nun eigentlich folgen, daß die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger dann begründet sei, wenn derselbe die Thatsachen gekannt hat, welche das Geschäft anfechtbar machen; denn offenbar ist er dann nicht mehr im guten Glauben, und indem er wissend von der Inkorrektheit des ersten Geschäftes dennoch dasselbe zur Grundlage seines eigenen Erwerbes macht, wird er Theilnehmer an der ursprünglichen Rechtsverletzung. Allein das Gesetz geht nicht soweit; dies ergibt sich:

1) aus dem Wortlaute. Während §. 33 Ziff. 2 als mala fides definirt: „die Kenntniß von den Umständen, welche die Anfechtung gegen die Rechtsvorgänger begründen", ist in Ziff. 1 nur: „Kenntniß von der Benachtheiligungsabsicht des Gemeinschuldners" als Voraussetzung genannt. Da nun nicht angenommen werden darf, daß dieser Unterschied in der Fassung zufällig sei, ergibt sich, daß Ziff. 1 die Anfechtung einschränken wollte.

2) Jeder Zweifel schwindet aber aus den Motiven. Diese[14]) stellen als allgemeinen Anfechtungsgrund gegen den Rechtsnachfolger nur den einen auf, „daß derselbe selbst an dem Betruge des Gemeinschuldners gegen seine Gläubiger betheiligt ist."

Unter diesen Umständen kann eine ausdehnende Auslegung der oben hervorgehobenen Worte, — so daß man es als Kenntniß von einer „Benachtheiligung der Gläubiger" ansehen würde, wenn überhaupt der Rechtsnachfolger bei seinem Geschäftsabschlusse weiß, es liege ein Anfechtungsgrund vor[15]), — nicht mehr versucht werden, sondern man muß das Gesetz anwenden wie es einmal lautet.

---

13) Sonach ist dies ein Beispiel zu der Bemerkung oben Seite 27 Note 5.

14) Motive zum II. E. S. 152.

15) Es ließe sich dies sehr wohl vertheidigen; denn wenn z. B. ein Schuldner, welcher seine Insolvenz bereits angezeigt hat, einem Gläubiger für seine Forderung Hypothek einräumt, und der Cessionar dieser Hypothek hat bei dem Erwerbe desselben gewußt, es sei dieselbe eine nach erfolgter Zahlungseinstellung erst konstituirte, so liegt darin, daß er demohngeachtet sie erwarb, immerhin eine Benachtheiligung der Gläubiger.

Sonach stellt sich die Sache so:

1) Aus welchem Grunde der erste Vertragsgenosse der Anfechtung unterliegt, ist in Betreff der Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger ohne Belang. Es ist nicht nothwendig, daß das ursprüngliche Geschäft auf Grund des §. 24 Ziff. 1 anfechtbar sei, also daß auch der erste Vertragsgenosse die Benachtheiligungsabsicht des Gemeinschuldners gekannt habe; es genügt, wenn die Anfechtung nur überhaupt begründet ist[16]), sei es nach §. 23, 24, oder 25.

2) Dagegen gibt es für den Rechtsnachfolger nur den einen allgemeinen Anfechtungsgrund[17]) nach §. 24 Ziff. 1. Es genügt also z. B. nicht, daß der Erwerber eines von dem Gemeinschuldner im letzten Jahre vor Eröffnung des Konkursverfahrens an seine Ehefrau verkauften Hauses zur Zeit, als er selbst das Haus von dieser Ehefrau kaufte, wußte, daß seine Verkäuferin das Objekt auf Grund eines nach §. 24 Ziff. 2 anfechtbaren Geschäftes besaß; es genügt nicht, daß dem Indossatar eines Wechsels bekannt ist, diesen Wechsel habe der A am 1. Juni 1880, nachdem er am 30. Mai bereits Antrag auf Konkurseröffnung gestellt hatte, dem B ausgestellt, um ihn für eine am 1. August verfallende Forderung zu decken (§. 23 Ziff. 2) u. s. w. Es genügt aber auch nicht einmal, daß der Rechtsnachfolger wußte, daß das erste Geschäft den Gläubigern nachtheilig war; er muß die Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, gekannt haben.

3) Hinwiederum darf man aber auch die Voraussetzung nicht zu weit ausdehnen. Vor Allem wäre es irrig, wenn man glauben würde, die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger sei überhaupt in Betreff der Fälle von §§. 23, 24 Ziff. 2 und 25 ausgeschlossen; sie findet auch in diesen Fällen

---

16) Dies muß allerdings der Fall sein, vgl. oben lit. d.

17) Abgesehen von dem besonderen unter lit. f. Als einen anderen allgemeinen Grund hatte der I E. in Uebereinstimmung mit der Pr. KO. §. 109 Nr. 3 und der Bayer. Pr.-O. Art. 1229 Nr. 3 den Fall aufgestellt, daß der Rechtsnachfolger die Sache durch freigebige Verfügung erworben habe. Der II. E. hat diesen Grund beseitigt und motivirt dies wie folgt: „der unentgeltliche Erwerb, der nicht vom Gemeinschuldner, sondern von einem Anderen gemacht wird, enthält weder eine Rechtsverletzung gegen den Gläubiger des Gemeinschuldners, noch eine Theilnahme an der Rechtsverletzung des letzteren". Mit Recht erklärt meines Erachtens Dernburg, Pr. Privatrecht Bd. II S. 294 Note 12 diese Motivirung für ungenügend.

statt, nur muß überall gegen ihn nicht nur die Benachtheiligung, sondern auch noch die Absicht der Benachtheiligung[18]) bewiesen werden. Sodann ist es keineswegs nothwendig, daß der Rechtsnachfolger auch die Wissenschaft des ersten Erwerbers von der Anfechtbarkeit gekannt habe, es genügt, wenn nur ihm selbst die Kenntniß von der unredlichen Absicht des Gemeinschuldners nachgewiesen werden kann. Eine Benachtheiligungsabsicht braucht endlich gar nicht mehr besonders bewiesen zu werden, wenn das ursprüngliche Geschäft von vorneherein nur ein fingirtes war, ein Grundsatz, womit in den häufigsten Fällen die Gläubiger auch gegen den Rechtsnachfolger zu ihrem Rechte gelangen werden.

f. (wenn er zu den im §. 24 Nr. 2 genannten Personen gehört).

Die in §. 24 Nr. 2 genannten Personen sind die Ehegatten, deren Verwandte in auf- und absteigender Linie, deren voll- und halbbürtige Geschwister und die Ehegatten eines dieser Personen. Man darf aber diese Verhältnisse nicht in Beziehung zum Rechtsvorgänger stellen; z. B. vom Gemeinschuldner A hat B gekauft und nun erwirbt der Bruder des B das Kaufsobjekt von diesem. Solche Fälle bleiben bei der Regel des §. 33 Ziff. 1. Das Gesetz meint die mit dem Gemeinschuldner in dem Verwandschafts- und Schwägerschafts-Verhältnisse stehenden Rechtsnachfolger. Also mag der ursprüngliche Gegenkontrahent mit dem Gemeinschuldner verwandt gewesen sein oder nicht und mag der Rechtsnachfolger mit dem ursprünglichen Gegenkontrahenten oder einem der Zwischenmänner verwandt sein oder nicht, wenn er, der Rechtsnachfolger, gegen den die Anfechtung sich richtet, der Ehegatte des Gemeinschuldners oder ein Verwandter des Gemeinschuldners in auf- und absteigender Linie oder ein voll- oder halbbürtiges Geschwister[19]) des Gemeinschuldners oder ein Ehegatte dieser Person

18) Der Praxis ist hiemit das Mittel gegeben, die (nach meiner unmaßgeblichen Meinung) in der allzugroßen Milde des Gesetzes gegen den Rechtsnachfolger liegende Gefahr zu beseitigen. Wenn einmal vorliegt, daß ein Geschäft die Gläubiger offenbar benachtheiligt, und Jemand erwirbt wissentlich das aus diesem Geschäfte Herrührende, so wird sich auch immer zugleich annehmen lassen, daß derselbe die Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gekannt habe. Warum sollte denn sonst der Gemeinschuldner so gehandelt haben?

19) Ich bitte wegen dieser altbayerischen Diktion „das Geschwister" um Entschuldigung, es gibt aber kein hochdeutsches Wort, welches Bruder und Schwester gemeinsam im Singular bezeichnet.

ist, so braucht man ihm keine Kenntniß von der Benachtheiligungsabsicht des Gemeinschuldners mehr nachzuweisen, sondern er selbst muß darthun, daß er im guten Glauben gewesen ist, und zwar ist bei ihm als böser Glaube erklärt, wenn er zur Zeit seines Erwerbes überhaupt die Anfechtbarkeit gekannt hatte[20]). Wenn also z. B. der Agent Anton Abele, nachdem er am 1. Juli 1880 seine Zahlungen eingestellt hat, seinen Passivsaldo bei Bankier Benno Büchele am 3. Juli 1880 mit 10,000 Mark dadurch begleicht, daß er ihm auf seinem Hause auf diesen Betrag Hypothek bestellt und Benno Büchele cedirt dieselbe an Cuno Cümele, von diesem aber erwirbt Fräulein Anna Abele, die Schwester des Agenten Abele, die Hypothek, so brauchen die Konkursverwalter nicht zu beweisen, daß Agent Abele bei der Hypothekbestellung die Absicht hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen, und daß Fräulein Abele diese Absicht kannte, sondern es ist gegen letztere die Anfechtung begründet, wenn sie nicht beweisen kann, es sei ihr unbekannt gewesen, daß die Hypothekerrichtung nach der Zahlungseinstellung ihres Bruders datire. Kurz ausgedrückt (nach den Motiven): Die Kenntniß des Verwandten zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den ersten Rechtsvorgänger begründen, — gleichviel welche Gründe der Anfechtung es sein mögen — vorausgesetzt, wird ein solcher ebenso behandelt, als stünde er an der Stelle des unmittelbaren Erwerbers, als sei er es gewesen, der mit dem Gemeinschuldner kontrahirt hatte.

g. (hatte).

Ueber die Pflicht zur Herausgabe des Erwerbes und deren Umfang bestimmt der §. 33 nichts Besonderes, es muß daher der Rechtsnachfolger zurückgewähren, was der §. 30 dem ersten Erwerber auflegt, nur wird der Abs. 2 keine Anwendung finden, weil der Rechtsnachfolger, wenn er gutgläubig ist, überhaupt nicht der Anfechtung unterliegt.

Ebenso hat das Gesetz auch die Frage der Gegenleistung Seitens

---

20) Das Gesetz drückt sich hier nicht genau aus; es sagt: „von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen.“ Auf diese kommt es aber nur dann an, wenn der „Rechtsvorgänger“ kein Zwischenmann, sondern der ursprüngliche Gegenkontrahent des Gemeinschuldners war. Denn sonst würde z. B. in dem im Texte nachfolgenden Beispiele die Fräulein Abele frei sein, wenn sie darthut, der Cuno Cümele habe eine Absicht ihres Bruders, seine Gläubiger zu benachtheiligen, nicht gekannt. Dies war selbstverständlich nicht die Absicht des Gesetzes; es ist also (wie auch die Motive sich ausdrücken) immer der erste Rechtsvorgänger, der ursprüngliche Gegenkontrahent gemeint.

der Konkursmasse nicht berührt, sondern es bei den Bestimmungen der §§. 31 und 32 belassen. Selbstverständlich ist hiebei, daß die Konkursmasse niemals für diejenige Gegenleistung aufzukommen hat, welche der Rechtsnachfolger seinem Rechtsvorgänger gemacht hat; denn diese befindet sich ja nicht, wie §. 31 voraussetzt, in der Masse, noch ist dieselbe um solche bereichert. Der Dritte kann seine Gegenleistung von seinem Rechtsurheber fordern und sich wegen seiner Entschädigungs- und sonstigen Ansprüche an ihn als seinen Vertragsgenossen halten, soferne ihm nicht durch besondere Umstände aus der Zurückerstattung an die Masse eine Forderung an diese gewährt ist. (Vgl. hierüber oben S. 415.) Schwierig ist wieder (vgl. oben S. 418) die Frage, wem die Gegenleistung zurückzuerstatten ist, welche der ursprüngliche Gegenkontrahent dem Gemeindeschuldner gemacht hatte. Die Motive[21]) behaupten, das Gesetz greife in das bürgerliche Recht nicht ein; versage dasselbe die Subrogation, so bleibe es bei der Verpflichtung des Verwalters, die in der Masse rechtlos befindliche Gegenleistung demjenigen, der sie gemacht hat, herauszugeben; der Dritte könne sich diese Rechte und die etwaigen Konkursforderungen desselben entweder abtreten oder im Wege der Zwangsvollstreckung überweisen lassen. Ich kann auch hier (wie bei §. 6) diese Ansicht nicht theilen. Der §. 31 sagt allgemein: „die Gegenleistung ist zu erstatten", nicht: „dem Gegenkontrahenten zu erstatten;" der §. 32 drückt sich ebenfalls ganz allgemein aus; ich bin daher der Meinung[22]), auch die neue Konkursordnung steht auf dem Standpunkte der bisherigen Bayer. Pr.-O. Art. 1229 Alinea 2, wonach derjenige, welcher die Rückerstattung bethätigt, auch die Ansprüche auf Gegenleistung[23]) geltend machen kann[24]).

---

21) Zum I. E. S. 198, zum II. E. S. 153.

22) Diese Meinung wird von Fitting §. 18 Note 14, Petersen S. 175 v. Sarwey S. 211, Stieglitz S. 180 und v. Wilmowski S. 201 nicht getheilt. Letzterer glaubt, daß auch der Wortlaut („erstattet") gegen mich spreche, und nachdem ein „Erstatten", ein Zurückgewähren der Gegenleistung nur an denjenigen stattfinden könne, der sie gemacht hat, so sei auch nur eine etwa vom Rechtsnachfolger selbst gemachte und in der Masse befindliche oder diese bereichernde Leistung ihm zurückzugeben.

23) Wie oben bemerkt, nicht auf seine eigene an den Vorgänger gemachte, sondern auf die des ersten Erwerbers, soweit dieselbe zurückzugeben ist.

24) Eine Anwendung dieses Satzes ist schon auf Seite 417 gegeben.

§. 34.

Verjährung.

Das Anfechtungsrecht verjährt[a]) in einem Jahre[b]) seit der Eröffnung des Verfahrens[c]).

I. E. — II. E. §. 34; Pr. H. E. — Pr. K. O. — B. P. O. —

a. (verjährt).

Die actio Pauliana des Gemeinen Rechtes verjährt in einem Jahre[1]); nach Ablauf dieser Frist geht sie nur noch auf das, wodurch der Beklagte bereichert ist[2]). Der erste Entwurf hatte (dem Preußischen und Französischen Rechte folgend) keine Verjährungsfrist festgesetzt; bei der Vorberathung wurde dies geändert. Man ging (nach den Motiven zum II. E. S. 153) davon aus: „durch die Bestimmungen des 3. Titels seien die Konkursgläubiger in vollem Umfange geschützt, der Kreis der anfechtbaren Handlungen sei weit gezogen, die Folgen der Anfechtung mit Strenge durchgeführt, auch gegen dritte Rechtsnachfolger die Anfechtung gestattet; um so näher liege die Pflicht, denjenigen, welcher der Anfechtung ausgesetzt ist, dieser Drohung nicht auf unbestimmte Zeit zu unterwerfen."

Unter dem Worte „verjährt" versteht das Gesetz die vollständige Erlöschung des Anfechtungsrechtes, so daß dieses weder mittelst Klage noch im Wege der Einrede[3]) geltend gemacht werden kann; ferner ist das Recht völlig erloschen und kann nach Jahresfrist (abweichend von der oben erwähnten Bestimmung des Gemeinen Rechtes) auch nicht mehr die Bereicherung zurückgefordert werden[4]).

---

1) fr. 1 fr. 6 §. 14 fr. 10 §. 18 D. quae in fraudem credit. (42, 8).

2) Puchta, Pandekten §. 380; Windscheid, Pandekten Bd. II. S. 673.

3) Letzteres erklärt Mandry S. 532 „als zweifelhaft, aber kaum von Bedeutung." Petersen S. 176, v. Sarwey S. 218, Stieglitz S. 187, v. Wilmowski S. 202 stimmen der im Texte gegebenen Ansicht zu.

4) Urtheile des ROHG. Bd. 19 S. 313 und Bd. 22 S. 307 erkennen für die Wechselverjährung den Grundsatz an, daß für dieses durch die WO. vollständig neu geschaffene Institut in keiner Richtung die Analogie der gewöhnlichen Normen über Verjährung angewendet werden dürfe. Dasselbe wird wohl auch für die in der KO. in seiner Totalität geregelte kurze Verjährung gelten müssen.

Die Verjährung kommt sowohl dem Gemeinschuldner, wie dem anderen Theile, wie auch dem dritten Erwerber zu Statten. Dagegen erstreckt sie sich nur auf das im 3. Titel normirte Anfechtungsrecht. „Ob nach Beendigung des Konkurses ein außerhalb desselben den einzelnen Gläubigern etwa zustehendes Anfechtungsrecht noch ausgeübt werden kann, ist — wie die Motive[5]) sagen — eine von der Verjährung jenes durch den und für den Konkurs begründeten Anfechtungsrechtes unabhängige, nach dem bürgerlichem Rechte (jetzt nach dem Gesetz v. 21. Juli 1879) sich entscheidende Frage."

b. (in einem Jahre).

I. Nach Gemeinem Rechte ist das Jahr ein annus utilis; die im obigen Paragraphen festgesetzte Verjährungsfrist dagegen ist natürlich eine fortlaufende[6]). Wenn am 1. Juli 1880 über den A der Konkurs eröffnet worden ist, so ist vom 2. Juli 1881 an eine Anfechtung seiner Handlungen durch den Konkursverwalter auf Grund der Bestimmungen des zweiten Titels nicht mehr zulässig, wenn auch z. B der Verwalter vom 1. Dezember 1880 bis 1. Februar 1881 am Typhus krank und während dieser Zeit 14 Tage lang im Delirium gelegen war und daher während dieser Zeit weder selbst klagen noch einen Vertreter aufstellen konnte.

II. Berechnet wird das Jahr als Jahresfrist; und es gilt auch hier[7]) als Anfangspunkt nicht die nach §. 100 der KO. festgestellte Stunde der Konkurseröffnung, sondern der entsprechende Tag des vorigen Jahres. Wurde also z. B. ein Konkurs am 1. Juli 1880 Mittags 12 Uhr eröffnet, so endet die Verjährungsfrist nicht am 1. Juli 1881 Mittags 12 Uhr, sondern erst mit Ende des Tages, also am 1. Juli Nachts 12 Uhr.

Ist das betreffende Jahr ein Schaltjahr, so findet (wie oben bei §. 26 lit. b bereits erörtert) eine Surrogirung statt. Wäre z. B. der Konkurs am 29. Februar 1880 eröffnet worden, so würde die Verjährung mit Ende des 28. Februar 1881 abgelaufen sein. Hätte dagegen die Eröffnung am 28. Februar 1879 stattgefunden, so ließe sich zweifeln, ob der 29. Februar 1880 noch zur Frist gehört, da ja der gleichnamige 28. Februar im Jahre 1880 auch vorkommt. Indessen wird doch nach dem allgemeinen Grundsatze, daß nicht der 29. Februar der Schalttag ist, sondern der 24.[8]),

---

5) Mot. z. II. E. S. 154.

6) Auch die Gerichtsferien werden nicht abgerechnet. Vgl. unten §. 64.

7) Vgl. oben S. 331 Note 56.

8) Dies geht daraus hervor, daß der Matthiastag, welcher im gewöhnlichen Jahre auf den 24. Februar fällt, im Schaltjahre am 25. gefeiert werden muß, und ebenso die folgenden Heiligen-Feste sich verschieben.

die (auch von Sarwey vertretene) Ansicht die richtige sein, daß die Verjährung in solchem Falle erst am Ende des 29. Februar 1880 endigt.

III. Nachdem das Gesetz die Jahresfrist ganz allgemein als Norm angenommen hat, muß es dabei sein Bewenden haben. Wenn daher auch in dem betreffenden Civilrechte eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Verjährungen zulässig sein sollte, wird doch gegen §. 34 der KO. eine solche nicht eintreten können[9]).

IV. Hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung, deren Hemmung und der Verjährung der Litispendenz[10]) gilt das gewöhnliche Civilrecht.

c. (seit der Eröffnung des Verfahrens).

Bei den Kommissionsberathungen war zuerst[11]) beschlossen worden, statt obiger Worte zu sagen: „von der Eröffnung des Verfahrens an“, allein später[12]) ging man von diesem Beschlusse wieder ab. Eine materielle Bedeutung wird dieser Divergenz nicht beizumessen sein; es gilt als Anfangstermin jedenfalls (wie bereits erwähnt) die formale Konkurseröffnung, deren Stunde sogar nach §. 100 der KO. im Beschlusse festgesetzt werden muß. Nur auf diesen Zeitpunkt (vgl. S. 364 n. II) kommt es also an, nicht auf die Zeit, zu welcher das Geschäft abgeschlossen oder die Handlung vorgenommen worden ist, welche angefochten werden will.

Nicht die Anfechtbarkeit der Handlung wird durch den Ablauf eines Jahres beseitigt, so daß das Anfechtungsrecht hinweg fiele, wenn bis zur Konkurseröffnung seit Vornahme der Handlung ein Jahr verstrichen ist;

---

9) Ein Erk. des Berliner Obertribunals v. 22. Oktober 1875 (Entscheid. Bd. 75 S. 288) stimmt obiger Ansicht zu, da es doch nicht als Absicht des Gesetzgebers erachtet werden könne, die Verjährung selbst innerhalb Jahresfrist eintreten zu lassen und doch dazu eine vierjährige Restitutionsfrist zu gewähren. Für Minderjährige bejaht das Erk. des ROHG. vom 9. Juni 1877 (Entsch. Bd. XXII S. 307) die Zulässigkeit mit der Motivirung, daß nach Gemeinem Rechte zwar dieses Rechtsmittel gegen den Ablauf der abgekürzten Verjährungsfristen nicht Platz greife, gegen Minderjährige aber diese kurzen Fristen ohnehin nicht laufen.

10) Ob nach der Unterbrechung der Verjährung wieder die einjährige oder eine andere Frist läuft, ist zweifelhaft, vgl. z. B. Meves (Konkursordnung) S. 46.

11) K.-Prot. S. 28.

12) K.-Prt. S. 149.

sondern die Geltendmachung der Anfechtbarkeit wird durch Nichtbenützung binnen Jahresfrist beseitigt; da aber die Geltendmachung[13]) erst möglich ist nach Eröffnung des Konkurses, so beginnt der Lauf der Verjährungsfrist erst von da an.

---

13) Nämlich die Geltendmachung des von der Konkursordnung eingeräumten Anfechtungsrechtes; wenn daher auch etwa dieselbe Handlung schon nach den Grundsätzen des betreffenden Civilrechtes auch außerhalb des Konkurses anfechtbar war, so beginnt doch die in §. 34 bezeichnende Verjährungsfrist erst mit der Konkurseröffnung. Selbst wenn die erstere schon verjährt war, wäre dies irrelevant gewesen. Z. B. nach dem einschlägigen Civilrechte wäre eine gewisse am 1. August 1880 von A vorgenommene Handlung nur binnen 6 Monaten anfechtbar gewesen; am 2. Februar 1881 wäre demnach die Anfechtung beseitigt; allein nur diejenige außerhalb des Konkurses. Wenn aber die fragliche Handlung eine solche ist, welche auch nach §. 23—25 der KO. anfechtbar erscheint und der Konkurs über A bricht erst am 1. Februar 1881 aus, so konnte die Handlung noch bis 1. Februar 1882 angefochten werden. Jetzt ist selbstverständlich nur noch das Reichsgesetz vom Jahre 1879 maßgebend.

Vierter Titel. *)

Aussonderung.

Als obersten Grundsatz spricht §. 1 der KO. aus, daß das Konkursverfahren nur jenes Vermögen umfaßt, welches dem Gemeinschuldner gehört. Nur dieses bildet die Konkursmasse; der Begriff derselben schließt fremdes Eigenthum aus. Daraus folgt einestheils, daß der Konkursverwalter bei der nach Buch II Titel 3 der KO. ihm obliegenden Thätigkeit nur die dem Gemeinschuldner gehörigen Werthgegenstände einfordern kann, und daß bei der Besitznahme nach §.107 Alles, was sofort als fremd erkennbar ist, außerhalb der Masse belassen muß. Anderntheils aber müssen fremde Vermögensstücke, wenn solche bei Eröffnung des Konkurses, weil sie sich damals in dem faktischen Besitze des Gemeinschuldners befunden haben, zur Masse gezogen worden sein sollten, nachträglich wieder ausgeschieden und an die Berechtigten zurückgegeben werden.

Das Recht, diese Ausscheidung zu begehren, nannte man ehedem: Separationsrecht, die Deutsche Konkursordnung bedient sich statt dieses Ausdruckes des Wortes: Aussonderung[2]). „Das Separations- oder Aussonderungsrecht besteht daher überall in der Befugniß, gewisse Vermögensstücke aus der Konkursmasse, als dazu nicht gehörend, vorweg und beziehungsweise wieder herauszunehmen[3])". Dasselbe unterscheidet sich daher von

---

*) I. Auflage S. 366.

1) Vgl. oben S. 63.

2) Im Bayerischen Rechte hieß dieselbe Absonderung (vgl. Prioritätsordnung von 1832 §. 2: „Diejenigen, deren Eigenthum im Gewahrsame des Gemeinschuldners sich befindet, können dessen Absonderung vom Vermögen des Schuldners verlangen"); es muß daher wohl im Auge behalten werden, daß nunmehr unter „Absonderung" etwas anderes verstanden wird, was die Prioritätsordnung nur als „Vorzugsrecht" kannte.

3) Vgl. Seuffert, Kommentar zur Bayer. Ger.-O. v. 1753 Bd. IV S. 424 Note 16.

dem eigentlichen Konkursanspruche, welcher das Recht bildet, aus den zur Konkursmasse gehörigen Vermögensstücken nach dem Verhältnisse der übrigen für die eigene Forderung Befriedigung zu suchen, und von dem Absonderungsrechte, welches dem Berechtigten den Vorzug gewährt, aus gewissen dem Gemeinschuldner gehörigen Vermögensstücken für eine bestimmte Forderung mit Ausschluß der übrigen Gläubiger Deckung zu erlangen[4]).

Man hat versucht, den Unterschied des Rechtes der Aussonderung von dem bevorzugten (zur Absonderung berechtigenden) und dem sonstigen Konkursanspruche auf den Umstand zu stützen, daß das erstere auf dem Eigenthume, das letztere auf Forderungsrechten (sei es rein persönlichen, sei es mit Dinglichkeit versehenen) beruhe, weshalb die Aussonderungsberechtigten auch wohl „Vindikanten" genannt wurden[5]). Allein die Deutsche Konkursordnung steht nicht auf diesem Standpunkte; es heißt in den Motiven (zum II. E. S. 154 ff.): „die Ansprüche der Aussonderungsberechtigten sind keineswegs auf die eigentliche Eigenthumsklage, die vindicatio rei, beschränkt; im Gegentheile bildet die Publiciana actio den eigentlichen Hauptfall; es bedarf (wie sich die Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung (§. 138) ausdrückt) für den Separatisten so wenig einer eigentlichen Vindikation als des Beweises eines ihm zustehenden wirklichen oder prätorischen Eigenthums, sondern es genügt der Beweis des die Separation begründenden Verhältnisses[6]).

Die Behandlung der Aussonderungsansprüche Seitens der Konkursgesetzgebung hat im Laufe der Zeit vollständig gewechselt. Die älteste Doktrin des Gemeinen Rechtes[7]) zog dieselben in den Kreis des Konkurses, die

---

4) Es ist bereits oben (S. 112) bemerkt worden, daß die Doktrin des Gemeinen Rechtes auch die Absonderungsberechtigten „Separatisten" nennt, und sie von den Aussonderungsberechtigten (denen die separatio ex jure dominii zusteht) als „Separatisten ex jure crediti" unterscheidet.

5) v. Bayer a. a. O. S. 150, Schweppe a. a. O. S. 79. Auch Dernburg Lehrbuch des Pr. Pr. Bd. II S. 257 nennt sie so und meint (Note 1), „die neuen Ausdrücke seien wohl kaum im Stande, die alten technischen Bezeichnungen überflüssig zu machen". Nach französischer Rechtssprache werden die betreffenden Ansprüche als „revendication", im Holländischen Handelsgesetzbuche als „reclam" zusammengefaßt. Die Oesterreichische Konkursordnung nennt sie: „Rückforderungsrechte". Alle diese Bezeichnungen erklären die Motive mit Recht als ungenau.

6) Eine Aufzählung der einzelnen Fälle wird hier umgangen, da sie bei der Erläuterung des §. 35 zu geben ist.

7) Vgl. z. B. Salgado de Somoza in seinem Labyrinthus creditorum Tom. I Nr. 100. Die näheren Ausführungen bei Fuchs, Concursverfahren, S. 30 ff.

Separatisten ex jure dominii bildeten die erste Klasse der Gläubiger [8]). Bald erkannte man jedoch, daß die Vindikanten nicht zu den Konkursgläubigern gehören, und schied sie aus der Rangordnung aus. Dennoch ließen selbst neuere Legislationen dieselben vom Konkursverfahren theils mehr, theils minder beeinflußt werden [9]).

Nach der gegenwärtigen Konkursordnung aber gilt als Grundsatz, daß die Aussonderungsberechtigten vom Konkurse in keiner Weise berührt sind, wenn auch dieses Prinzip nicht, wie in anderen Gesetzgebungen [10]), ausdrücklich ausgesprochen ist. Es rechtfertigt sich dieser Satz auch vollkommen. „So lange noch — sagen die Motive — die Sache selbst sich in der Konkursmasse befindet, kann der Anspruch auf ihre Herausgabe durch kein Stadium des Konkursverfahrens beeinträchtigt werden, — ebensowenig unterliegt die Geltendmachung des Anspruchs den Formen und Fristen des Konkursverfahrens, noch weniger kann dasselbe die Vindikation der weiter veräußerten Sache gegen den dritten Besitzer ausschließen". Nur ergibt sich eine thatsächliche Ausnahme von diesen aus dem Begriffe des Konkurses gezogenen Konsequenzen durch die Rücksicht auf das praktische Interesse der übrigen Gläubiger dahin, daß nicht ins Unendliche hinaus das Resultat des Verfahrens in Schwebe bleiben kann. Auch Aussonderungsansprüche fallen unter die Vorschrift des §. 159 der KO., wonach alle Masseansprüche bis zur Festsetzung des Prozentsatzes oder der Beendigung des Schlußtermines (eventuell noch bis zu einer Nachvertheilung) angemeldet werden sollen [11]).

Geltend gemacht muß das Aussonderungsrecht werden gegen den Konkursverwalter; dies folgt aus der allgemeinen Vorschrift des §. 5, und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt sich, daß die beanspruchte Sache nur gegen Befriedigung der etwaigen Gegenforderungen herausgegeben werden muß. Soferne also das bürgerliche Recht dem Zurückfordernden den Er-

---

8) Chursächsische Prozeßordnung von 1622 und selbst noch die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung.

9) Die Motive, denen diese Stelle entnommen ist, führen als Beispiele an: das Frankfurter Gesetz von 1837, das Weimarische Gesetz von 1839 und die Badische Prozeßordnung von 1864.

10) Bayerische Gerichtsordnung von 1753 Cap. XIX §. 5 Nr. 2: „Wer aber das jus separationis hat, ist nicht schuldig, sich in den Konkurs einzulassen, und im Falle er dieses freiwillig thut, so vergibt er dadurch an seinem Rechte Nichts". Preußische Konkursordnung von 1855 §. 30: „Das Rückforderungsrecht wird in allen Fällen unabhängig von dem Konkursverfahren gegen den Verwalter der Masse geltend gemacht."

11) Das Recht selbst wird natürlich dadurch nicht verloren; aber der Konkurs geht darüber hinweg.

satz einer Gegenforderung (z. B. von Auslagen, Verwendungen, Abschlagszahlungen u. s. w.) auferlegt, steht dem Verwalter das Recht zu, die Herausgabe bis zur vollzogenen Gegenleistung zu verweigern und also ein Retentionsrecht auszuüben [12]). Es bedürfen diese beiden Sätze keiner weiteren Motivirung und sie sind auch schon gemeinrechtlich anerkannt gewesen [13]).

Der vierte Titel, welcher die Aussonderung behandelt, enthält nur vier Paragraphen, von denen zwei überdies einen lediglich negativen Inhalt haben, nämlich §. 35, welcher für die Frage, was auszusondern sei, auf das bürgerliche Recht verweist, und §. 37, welcher bestimmt, daß unbewiesene Ansprüche der Ehefrau abzuweisen sind. Positiven Inhalt hat §. 36, welcher einen selbständigen Aussonderungsanspruch für den Verkäufer und den Einkaufskommissionär aufstellt, und §. 38, welcher für gewisse Fälle eine Ausdehnung des Aussonderungsrechtes auf das Surrogat seines ursprünglichen Objektes gestattet.

---

§. 35.

Aussonderungsansprüche im Allgemeinen.

Die Ansprüche auf Aussonderung [a]) eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes [b]) aus der Konkursmasse [c]) auf Grund eines dinglichen [d]) oder persönlichen [e]) Rechtes bestimmen sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens [f]) geltenden Gesetzen [g]).

I. E. §. 40; II. E. §. 35; Pr. H. E. Art. 722; Pr. KO. §. 22; Bayer. Pr.-O. Art. 1249, 1259; Bayerische Prioritätsordnung von 1822 §. 2, 3 und 4.

a. (Die Ansprüche auf Aussonderung).

Der im Gesetze gebrauchte Ausdruck scheint dem Wortlaute nach lediglich die Frage außerhalb des Konkursrechtes zu stellen: welche Gegenstände ausgesondert werden sollen. Allein jener Ausdruck reicht in Wirklichkeit

---

12) Die Pr. KO. hatte dies in §. 29 ausdrücklich ausgesprochen und in der Bayerischen Prioritätsordnung war für den Fall der Rücknahme von auf Kredit geschickten Waaren in §. 3 Nr. 3 speciell bestimmt, daß der Separatist verbunden sei, „der Konkursmasse Alles zu ersetzen, was für diese Waaren an Fracht, Spedition oder anderen Auslagen bezahlt worden."

13) Vgl. z. B. Schweppe a. a. O. §. 45.

weiter. Nicht blos das materielle Recht, die Frage, wann die Befugniß vorhanden sei, die Ausscheidung zu begehren, sondern auch die formelle Durchführung dieses Rechtes ist außerhalb des Konkurses verwiesen. Der Berechtigte macht die Aussonderungsansprüche gegenüber der Konkursmasse nach demjenigen Rechte und in derjenigen Weise geltend, wie er es thun müßte, falls der Gemeinschuldner nicht in Konkurs gerathen wäre[1]). Es ist also, wenn gefragt wird, ob z. B. der A berechtigt sei, das vom Konkursverwalter X zur Masse gezogene Pferd, weil er es vom Gemeinschuldner B rechtmäßig als Eigenthum erworben habe, auszusondern, die Frage über Gültigkeit oder Ungültigkeit des Erwerbes nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu prüfen[2]). Aber es wird auch, wenn der Verwalter X es auf einen Prozeß ankommen läßt, dieser Rechtsstreit nicht vor dem Konkursrichter verhandelt, sondern der A muß bei jenem Gerichte, welches nach den allgemeinen civilprozessualen Regeln zuständig ist, seine Eigenthumsklage geltend machen[3]). Zwei scheinbare Ausnahmen zeigen sich indessen:

I. Das Konkursverhältniß hat vor Allem die Wirkung, daß sich die Person des Beklagten ändert. Der Aussonderungsanspruch ist nicht gegen den Gemeinschuldner, sondern gegen den Verwalter zu richten.

Insoferne also richtet sich der Aussonderungsanspruch nicht nach den „außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen," denn nach diesen müßte ja der Gemeinschuldner selbst als angeblich unbefugter Eigenthumsprätendent von dem angeblich wirklichen Eigenthümer beklagt werden. Da indessen der Verwalter eben an Stelle des Gemeinschuldners als Eigenthumsprätendent auftritt, indem er die Sache zur Masse zieht, erweist sich die Ausnahme nur als eine scheinbare.

II. Ferner aber bewirkt das Konkursverhältniß, daß die Frage der Dispositionsfähigkeit Desjenigen, mit welchem das die Aussonderung begründende Geschäft abgeschlossen ist, unter Umständen sich allerdings nach der Konkurs-

---

1) Vgl. Motive zu I. E. Bd. I S. 203.

2) Gesetzt, es wäre in dem betreffenden Civilrechte aus einem Kaufe, bevor Tradition in Mitte liegt, nur ein persönlicher Anspruch gegeben und A könnte nicht beweisen, daß ihm von B das Pferd auch wirklich bereits übergeben war, so kann er ein Aussonderungsrecht nicht geltend machen; wenn dagegen der geschlossene Kauf nach bezahltem Kaufpreis in dem bezüglichen Civilrechte nicht blos als ein Titel zum Eigenthumserwerb erklärt, sondern in diesem Falle das Eigenthum als bereits durch den Kauf erworben erachtet ist, so liegt ein Aussonderungsanspruch vor.

3) Der Code de Commerce (Art. 585), die Bayerische Prozeßordnung v. 1869 (Art. 1249) und andere Gesetzgebungen befolgen das entgegengesetzte Prinzip und überweisen die Entscheidung in allen diesen Fällen dem Konkursgerichte.

ordnung bemißt. Gesetzt also z. B., im obigen Beispiele bestreitet der Verwalter den Aussonderungsanspruch nur deshalb, weil das Geschäft, welches das Eigenthum übertragen haben soll, zu einer Zeit abgeschlossen wurde, zu welcher der Gemeinschuldner über das Seinige nicht mehr frei verfügen durfte, so bestimmt sich die Frage, ob ein Aussonderungsanspruch vorliegt oder nicht, keineswegs durchaus nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen, sondern immerhin nach den Vorschriften des §. 22 ff. der KO. Allein auch dies ist keine wahre, sondern nur eine scheinbare Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze.

b. (eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes).

I. Als gemeinsamen Grund für alle Aussonderungsansprüche erklärt das Gesetz die Thatsache, daß der Gegenstand, welcher beansprucht wird, dem Gemeinschuldner nicht gehört. Es ergiebt sich hieraus, daß zwar im Inhalte des §. 35 der KO. der §. 1 in negativer Fassung wiederkehrt[4]), daß aber der §. 35 den §. 1 nicht erschöpft und nicht blos dessen Inhalt in umgekehrter Richtung formulirt. Allerdings nämlich schließt der §. 1 wie der §. 35 vom Konkursverfahren das dem Gemeinschuldner Nichtgehörige aus, allein nicht blos dieses, sondern auch das dem Gemeinschuldner Gehörige, sofern es einer Zwangsvollstreckung nicht unterliegt und sofern es nicht schon zur Zeit der Konkurseröffnung ihm gehörte. Auch diese beiden Arten von Gegenständen sind nicht zur Masse zu ziehen und sie sind, wären sie dennoch vom Verwalter zur Masse gezogen worden, aus derselben auszuscheiden und dem Berechtigten wieder zurückzugeben. Allein diese Ausscheidung führt nicht den technischen Namen „Aussonderung". Die letztere ist begründet durch das Recht eines Dritten, die erstere durch das Recht des Gemeinschuldners selbst; gegen den Aussonderungsanspruch streitet der Verwalter für den Gemeinschuldner an Stelle desselben, bei der Ausscheidung wegen der ersteren Gründe streitet dagegen der Verwalter gegen den Gemeinschuldner. Als die wichtigste Folge dieses Unterschiedes und des Umstandes, daß die Ausscheidungen der vorerwähnten Art nicht als „Aussonderungsansprüche" im technischen Sinne anzusehen sind, erscheint nun die Nichtanwendbarkeit des §. 35 auf dieselben. Die Vorschrift, daß die außerhalb des Konkursrechtes geltenden Gesetze maßgebend sein sollen, erstreckt sich nur auf die eigentliche Aussonderung, auf die Ausscheidung wegen Nichtangehörigkeit des Gegenstandes. Die Ausscheidung wegen Exemption von der Zwangsvollstreckung und wegen späteren Erwerbes ist und bleibt Konkurssache; sie ist insbesondere

4) Vgl. auch oben die Einleitung zu diesem Titel.

Gegenstand des Konkursverfahrens und gehört zur Zuständigkeit des Konkursrichters. Wie aber ist nun dieselbe zu behandeln? Erinnern wir uns zuerst an den allgemeinen Grundsatz, daß die Eröffnung des Konkurses einer Zwangsvollstreckung in das gesammte Vermögen des Schuldners gleichsteht[5]), und ziehen wir hieher ferner die allgemeine Vorschrift des §. 65 der KO. über die analoge Anwendbarkeit der Civilprozeßordnung auf das Konkursverfahren, so ergibt sich, daß die Ausscheidungsansprüche des Gemeinschuldners wegen der oben bezeichneten Gründe sich lediglich als Einwendungen gegen eine Zwangsvollstreckung darstellen und daher nach den hiefür maßgebenden Grundsätzen zu behandeln sind.

Den exekutorischen Titel zur Zwangsvollstreckung gewährt der Eröffnungsbeschluß; die Ausfertigung desselben entspricht den Voraussetzungen, welche §. 662 der Civ.-Pr.-O. zum Beginne der Exekution fordert[6]). Macht nun der Gemeinschuldner geltend, diese oder jene Sache gehöre nicht zur Masse, so ist dies „eine Einwendung oder Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung" und fällt unter den §. 685 der Civ.-Pr.-O. Nach diesem Paragraphen ist aber zuständig zur Entscheidung über solche Einwendungen: das Vollstreckungsgericht, das heißt dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat (§. 684 Abs. 2 der Civ.-Pr.-O.). Da nun die allgemeine Zwangsvollstreckung in Folge der Konkurseröffnung — wenn auch die einzelnen Beschlagnahmen faktisch anderswo erfolgen — als „Verfahren" immer nur im Bezirke desjenigen Gerichtes vor sich geht, welches zur Konkursbehandlung zuständig ist, so muß das Konkursgericht auch als das Vollstreckungsgericht erachtet werden, welches im Streitfalle zu entscheiden hat, ob ein Vermögenstheil, dessen Eigenthümer der Gemeinschuldner unbestritten ist, zur Masse gezogen werden kann oder nicht.

Die Entscheidung kann nach §. 684 Abs. 3 der Civ.-Pr.-O. ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

II. Das Gesetz gebraucht den Ausdruck „Gegenstand", nicht „Sache"[7]), und es fallen demnach unter die Aussonderung im technischen Sinne neben

---

5) Wenn auch nicht in allen Beziehungen, vgl. oben S. 12 ff.

6) Vgl. Abth. II. Dritter Titel. Einleitung.

7) Wie §. 22 der Pr. KO. und der I. E. §. 40. Die Motive zu Titel IV (S. 190) bemerken: „Die Bezeichnung: Gegenstand werde im Gesetze überall in Uebereinstimmung mit der Civ.-Pr.-O. im weitesten Sinne gebraucht und umfasse körperliche Sachen, unkörperliche Dinge (wie Rechte und Forderungen) und sonstige Vermögensrechte. Vgl. auch K.-Pr. S. 87). Das Preußische Obertribunal (z. B. Striethorst Bd. 74 S. 158) subsumirte unter §. 22 der Pr. K.-O. nur körperliche Sachen.

den Einzel-Sachen nicht blos Gesammtheiten von Sachen, sondern auch Rechte.

1) Was die Sachengesammtheiten[8]) betrifft[9]), so ist zu bemerken, daß der für dieselben gewöhnlich aufgestellte Satz: pretium succedit in locum rei jedenfalls für die Aussonderung im Konkurse nicht Platz greift. Gesetzt, der Fabrikant A behauptet, er habe dem Kaufmann B das von demselben vertriebene Waarenlager im Gesammtwerthe von 10,000 Mark kommissionsweise anvertraut, und es sind nach eröffnetem Konkurse die noch etwa 5000 Mark werthen Restwaaren vom Verwalter zur Masse gezogen worden, so kann sich der Aussonderungsanspruch immer nur auf diesen vorhandenen Rest, also auf die effektiv in der Masse befindlichen Waaren erstrecken. Den Manko von 5000 Mark kann er nicht aus den etwaigen Baarmitteln der Masse aussondern, sondern für diesen Betrag muß er im Konkurse als Gläubiger liquidiren[10]). Es ergibt sich dies aus den unter Nr. III zu entwickelnden Grundsätzen. Dagegen bleibt es bei der Parömie: res succedit in locum pretii. Wenn z. B. dem Pächter des Thaliatheaters in X. zugleich das Inventar mitverpachtet wurde und derselbe hat den Helm und den Panzer des edeln Lohengrin verkauft, und von dem Erlös für die elegante Großherzogin von Gerolstein ein grünsammtenes Husarenkostüm angeschafft, so erstreckt sich der vom Verpächter gegen den Verwalter erhobene Aussonderungsanspruch auf die ganze Garderobe, so wie sie jetzt ist, einschließlich des grünen Husaren[11]).

---

8) Ich meine hier natürlich die sog. universitates rerum distantium, von denen außer den Waarenlagern, Heerden, Bibliotheken u. dergl. bei der glücklich eingeführten Theaterfreiheit voraussichtlich besonders die Theaterinventare (vgl. Seuffert, Archiv Bd. XV S. 294) häufig als Massegegenstand figuriren werden. Daß die universitates rerum cohaerentium (ein Haus, eine Lokomotive u s. w.) in keiner Weise eine andere Behandlungsweise erfordern, wie einfache Sachen, ist ohnehin selbstverständlich.

9) v. Sarwey S. 219 Note ist der Meinung, der Ausdruck „Gegenstand" sei nicht mit Beziehung auf die Sachengesammtheiten gewählt. Nur für Heerden sei anzuerkennen, daß sie als Ganzes gemeinrechtlich vindizirt werden könnten.

10) Dies wird besonders von Bedeutung für die Aussonderung mittelst hereditatis petitio.

11) Man kann bei einer Sachengesammtheit also nicht so ausscheiden, daß der Verwalter die Stücke, die noch von Anfang herrühren, zurückgibt, für das aus dem Bestande Weggegebene den Eigenthümer mit seinem Entschädigungsanspruche in den Konkurs verweist und das Neuangeschaffte zur Masse zieht. Denn das bedingt eben der Begriff einer Sachengesammtheit, daß die einzelnen Sachen nur als Bestandtheile der Gesammtsache erscheinen, und diese ist — wenn auch die Einzelheiten sich verändern — eine in ihrer Identität

2) Auch ein Gegenstand, welcher als vertretbare Sache sich darstellt, kann Objekt des Aussonderungsanspruches sein, wenn und soweit er überhaupt Gegenstand der Eigenthumsklage zu sein vermag. Es ist nothwendig, hier den richtigen Gesichtspunkt festzuhalten; nicht darauf also kommt es an, in welchem äußeren Zustande sich die Sachen befinden, sondern lediglich auf deren rechtliches Verhältniß [12]). Nehmen wir ein Beispiel: A hatte zum Aufheben während seines Landaufenthaltes dem B ein Kistchen mit 1000 Napoleons übergeben; während A sich der Sommerfrische erfreut, macht B Bankerott und der Verwalter nimmt mit der Masse auch die Napoleons in Besitz. Unzweifelhaft kann A, wenn er zurückkommt, auf diese Goldstücke einen Aussonderungsanspruch erheben [13]). Anders dagegen liegt folgender Fall: A, welcher eben ein zurückgezahltes Hypothekkapital von 8000 Mark in einem Geldpacket per Post erhalten, geht damit zu Banquier B und kauft 10,000 Mark Neubayern. B hat die Stücke nicht vorräthig und verspricht sie Nachmittags zu schicken; die Rechnung nimmt A mit und saldirt sie, indem er noch 1500 Mark auf das Geldpacket legt. Aber die Neubayern kommen nicht, sondern die Botschaft, B sei in Konkurs, das Geschäft gesperrt und der Herr C als Verwalter habe Alles, auch das Geldpacket in Besitz genommen. Hier hilft es dem A Nichts [14]), daß die 8000 Mark noch in Natur und noch versiegelt und verschnürt daliegen; er muß sich als Konkursgläubiger betheiligen [15]) und kann nur sein Interesse liquidiren.

Es gilt auch hier der bereits früher erwähnte Grundsatz: der Aussonderungsanspruch ist dann begründet, wenn die Rückforderung der Sache (als solche, nicht ihres Werthes) auch außerhalb des Konkurses begründet wäre.

---

unverändert bleibende Einheit. In dieser Hinsicht ist sie daher zu behandeln wie eine körperliche Einheit und Niemand wird bezweifeln, daß, wenn ein dem Kridar geliehener Rock im Wege der Aussonderung zurückgeholt wird, der Verwalter den vom Gemeinschuldner statt des abgefallenen Knopfes aufgenähten neuen nicht abschneiden darf.

12) Die Bayer. Prioritätsordnung §. 2 Abs. 3 sagte dagegen: „Das Separationsrecht erstreckt sich auch auf baares Geld oder andere verbrauchbare Sachen, so lange sie nicht mit dem Gelde oder den Sachen des Gemeinschuldners vermischt sind".

13) Auch wenn sie der Verwalter inzwischen verausgabt hätte, vorausgesetzt, daß nicht schon der Kridar das anvertraute Gut angegriffen hatte, vgl. Nr. III.

14) Da im Leben so krakt die Dinge nicht zu liegen pflegen, wie im Beispiele, so wird sich der Streit in der Regel in solchen Fällen darum drehen: „War schon förmlich gekauft, oder sollte der Kauf nicht erst später richtig gemacht werden und das Geld ist nur einstweilen „dagelassen" worden"?

15) Vgl. oben S. 221.

So oft demnach das Geld oder die sonstigen vertretbaren Sachen vindizirt werden können, so oft ich bei Jemandem die in seinen Händen befindlichen Geldstücke, die Getreidekörner u. s. w. als solche zurückverlangen kann, so oft kann ich, wenn dieser Jemand in Konkurs gerathen ist, deren Aussonderung begehren. Wenn aber nur eine condictio stattfindet, wenn außerhalb des Konkurses nur Zurückerstattung der Summe, der Quantität gefordert werden kann, muß sich der Berechtigte als Konkursgläubiger melden und kann nicht mehr die Aussonderung beanspruchen. Eine Sonderbestimmung, wie solche z. B. in der Hamburger Fallitordnung enthalten war, daß „demjenigen, der einem Fallito binnen 8 Tagen vor seinem Austritt Gelder zum Verwechseln hingegeben, ohne ihm selbige auf Zeit anzuvertrauen, soviel beim Ausbruche des Fallissements von derselben Münzsorte sich in natura in der Fallitenkassa befinde, wieder zuzustellen sei", ist im Gesetze mit Recht nicht aufgenommen [16]).

3) Auch Rechte können, wie erwähnt, Gegenstand des Aussonderungsanspruches sein. Dingliche ohne Zweifel [17]); denn da der Berechtigte in diesem Falle als Konkursgläubiger nicht auftreten kann, weil er nicht eine in Geld bestehende persönliche Forderung hat, so kann er nur außerhalb des Konkursverfahrens seinen Anspruch verfolgen [18]). Bedenklich erscheint es, bei Forderungen eine Aussonderung zuzulassen; zwar nicht, wenn dieselben an den Besitz einer Sache (an ein Papier) geknüpft erscheinen, weil hier eben diese Sache Objekt der Aussonderung ist [19]), wohl aber bei den übrigen. Schon an sich läßt sich die Forderung nur schwer als „ein dem Gemeinschuldner gehöriger oder nichtgehöriger Gegenstand" bezeichnen. Sodann aber wird es nicht wohl angehen, das Forderungsrecht von der Forderung abzutrennen [20]). Gesetzt, der Gemeinschuldner A führt unter seinen Aktiven eine Forderung von 1000 Mark an B auf, B behauptet aber, er sei die 1000 Mark allerdings schuldig, aber nicht dem Gemeinschuldner A, sondern dem C, so ist hier überall kein Anlaß zu einer Aussonderung, zu einem

16) Denn die in der Kasse befindlichen Stücke jener Münzsorte müssen — ganz abgesehen von dem Rechtsverhältnisse — gar nicht dieselben Stücke sein, die jener hingegeben.

17) Natürlich nur selbstständige. Wenn das dingliche Recht dagegen nur zur Sicherung eines persönlichen Rechtes dient (z. B. Hypothek, Pfandrecht), so ist nicht ein Aussonderungs-, sondern ein Absonderungsfall gegeben. Vgl. unten lit. d.

18) Vgl. unten zu lit. d.

19) Vgl. die sofort folgende Ziff. 4.

20) Ueberhaupt besteht hier leicht Gefahr, in eine analoge Anwendung von Eigenthum und Besitz auf Forderungen zu gerathen.

Rechtsstreite zwischen A und C, sondern es wird sich eben in dem Streite des A (beziehungsweise des Konkursverwalters) gegen B herausstellen, ob die Forderung des A und damit auch dessen Forderungsrecht besteht. Meines Erachtens lassen sich überhaupt nur zwei Fälle denken, in denen von einer Aussonderung gesprochen werden könnte: einmal, wenn der Gemeinschuldner, sei es in Folge eines Auftrages oder sonstiger Rechtsverhältnisse, verpflichtet war, eine Forderung für einen Dritten zu begründen, und er hat sie nicht für diesen, sondern für sich selbst konstituirt [21]); und dann wenn der Gemeinschuldner zwar ursprünglich Inhaber der Forderung war, solche aber vor der Konkurseröffnung bereits an einen Dritten abgetreten hatte. Nach meiner Meinung nun wären auch diese Fälle, soferne nicht in der Geltendmachung der Forderung der Schuldner durch die Einrede der fehlenden Sachlegitimation das Recht des wirklichen Gläubigers zur Geltung bringt oder dieser intervenirt, nur angethan, um dem Dritten im Wege der Anmeldung eines Entschädigungsanspruches im Konkurse sein Recht zu wahren. Ein Erkenntniß des Berliner Obertribunals vom 23. März 1869 (Striethorst Bd. 74 S. 158) geht von der gleichen Anschauung aus und subsumirt unter die analogen Bestimmungen der Pr. KO. die Forderungen nicht [22]).

Allein ich muß zugestehen, daß die Motive der Konkursordnung sowohl als die Aeußerungen in der Berathungskommission [23]) auf einem anderen Standpunkte stehen, daß sogar, um jener Argumentation des Obertribunals entgegenzutreten, das in §. 22 der Pr. KO. gebrauchte Wort: „Sache" in „Gegenstand" geändert wurde und daß daher auch in Fällen der obigen Art ein Aussonderungsrecht anzuerkennen und also ein Rechtsstreit des Dritten mit dem Masseverwalter zulässig sein soll. Dieser müßte dann wohl auf Abtretung der unrechtmäßig innegehabten Forderungen gerichtet werden.

Wann eine Forderung als der Aussonderung unterliegender Gegenstand erscheine, richtet sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Sobald nach diesen die fragliche Forderung nicht dem Gemeinschuldner, sondern dem Dritten als Recht zustehen würde, kann dieser auf Grund seines

21) Z. B. Advokat Schlaumeier gibt als Vertreter der Frau von Goldmann dem Oekonomen Hungrig ein Darlehen von 1000 Mark, constituirt aber das Geschäft auf seinen eigenen Namen, anstatt auf den der Frau von Goldmann. Oder Rentier Hintergrund gibt dem Unterhändler Luftig ein Reitpferd zum Verkaufe; Luftig schließt mit Rittmeister Säbel den Verkauf so ab, daß dieser 1000 Mark baar zahlt und weitere 1000 Mark in drei Monaten an ihn selbst (und nicht an Hintergrund) zu zahlen verspricht.

22) Anders bei einer Hypothekforderung — ebenda S. 372 (vgl. unten Erl. lit. d).

23) Vgl. Prt. S. 28 ff., 127 ff., 163 ff.

Rechtes die Aussonderung begehren. Bei der Cession wird solches wohl nach allen modernen Civilrechten der Fall sein, bei der Assignation nicht. Denn durch diese erwirbt [24]) der Assignatar nicht die Forderung, sondern nur ein Klagerecht, es wäre denn [25]) dem Assignaten Notifikation geschehen [26]) oder [27]) die Anweisung vom Assignaten bereits angenommen. Desgleichen begründet die Beschlagnahme einer Forderung für den Exekutionskläger noch kein Aussonderungsrecht, wohl aber die Ueberweisung an Zahlungsstatt und zur Einziehung [28]).

4) Es ist bereits oben bemerkt worden, daß die Frage eine andere Beantwortung erheischt, wenn die Forderung an den Besitz einer Urkunde, eines Papieres geknüpft ist. In dieser Hinsicht muß vor Allem hervorgehoben werden, daß die Pr. KO. in §. 24 folgende Bestimmung enthielt:

> „Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisirung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung übermacht worden sind, daß sie zur Deckung gewisser, bei der Uebermachung bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, können zurückgefordert werden, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder einem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt."

Diese Bestimmung hat eine zweifache Richtung; sie trifft vor Allem jene Fälle, in denen das Dokument, welches der Träger der Verbindlichkeit ist, materiell im Eigenthume des Berechtigten geblieben aber formell dem Gemeinschuldner übertragen ist, oder, richtiger gesagt, sind es diejenigen Fälle, in welchen die Forderung beim Gläubiger bleiben soll, das Papier aber, welches die Forderung trägt, scheinbar dem Gemeinschuldner als Eigenthum überlassen wird. Es kommt im praktischen Leben häufig vor [29]), daß

---

24) Z. B. nach Bayer. LR. Th. IV. Kap. 15 §. 7 und Pr. LR. Th. I. Tit. 11 §. 413 ff.

25) Nach Bayer. LR.

26) Worauf dieser den Assignatarius gegen den Assignaten in concursu mit der Begebung zu präferiren hat.

27) Nach Pr. LR.

28) Ueber Assignation vgl. auch das Erk. des ROHG. v. 25. April 1877 in den Entscheid. Bd. XXII S. 137. Wenn das R.G. in seinem Erk. vom 25. März 1882 (Entsch. Bd. VI S. 109), im Falle der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses eine zur Konkursmasse gehörige Sache vermiethet, dem Miether übergeben, die Miethzinse aber einem Dritten cedirt hat und der Verwalter die Fortsetzung des Miethverhältnisses für die Masse wählt, dem Cessionar kein Aussonderungsrecht zuspricht, so liegt der Grund hiefür nur in der konkreten Sachlage.

29) Nach den Motiven.

derartige Papiere Geschäftsfreunden mit dem Auftrage übersandt werden, dieselben zu realisiren, und daß der Uebersender sie zu diesem Zwecke mit denjenigen Erklärungen und Vermerken versieht, die den Empfänger äußerlich zum Eigenthümer der Forderung machen, während in der That nur ein Mandatsverhältniß vorliegt. (Z. B. ein Wechsel war dem späteren Gemeinschuldner zum Inkasso übermacht und zu diesem Behufe auf ihn girirt worden; oder zur leichteren Legitimation behufs Einziehung einer Forderung ist diese statt einer Vollmachtsausstellung gleich selbst auf den nachher in Konkurs Gerathenen cedirt u. dgl.) Daß in diesen Fällen ein Aussonderungsrecht besteht, daß der Forderungsinhaber die Urkunden ohngeachtet ihres formellen Inhaltes vom Konkursverwalter zurückfordern und eventuell im Wege des Prozesses zurückholen kann, ist nicht zu bestreiten, und wenn demohngeachtet die bisherige Preußische Bestimmung in die Konkursordnung nicht aufgenommen wurde, so geschah es lediglich, weil dieselbe als selbstverständlich und deshalb für überflüssig erachtet wurde [30]).

Allein jener §. 24 der Pr. KO. hat seinem Wortlaute nach noch eine größere Tragweite; in seiner zweiten Richtung umfaßt er auch Fälle, in denen nicht blos das Papier, an welchem die Forderung klebt, sondern wirklich die Forderung selbst dem späteren Gemeinschuldner, sei es in Anhoffung einer darauffolgenden Vergütung [31]), oder in laufender Rechnung, zur Gutschrift u. dgl. abgetreten wurde. Ist dies geschehen, so kann natürlich von einer „Aussonderung" keine Rede mehr sein, sondern der in seiner Erwartung Getäuschte muß eben, wie jeder andere Gläubiger, sein Interesse im Konkurse liquidiren. Ob nun vorkommenden Falls das Erste oder das Zweite anzunehmen sei, ob eine Forderungsübertragung oder nur ein Auftrag vorliege, ist Thatfrage. Und in dieser Hinsicht wird voraussichtlich die Praxis viele Schwierigkeiten finden, besonders in dem Falle, daß ein Wechsel auf den Gemeinschuldner ohne Zusatz girirt ist, der Indossant aber behauptet, das Giro sei materiell Inkasso-Giro gewesen. Während nämlich die

30) „Der Gemeinschuldner sollte durch die Uebergabe der ihm in Verwahrung zur Einlösung oder zur Ausführung irgend eines anderen bestimmten Auftrages oder zur Sicherung übergebenen Aktien, Scheine, Handelspapiere, girirten Wechsel, cedirten Forderungen, Hypotheken u. s. w. nicht Eigenthümer derselben werden und ist es nicht geworden; jedenfalls wäre er (und an seiner Stelle der Konkursverwalter) dem Kontrahenten gegenüber nach allen bürgerlichen Rechten zur Rückgabe verpflichtet. Weder der Art. 74 der A. D. WO. noch der Art. 307 der A. D. HGB. steht dem entgegen." Motive II. E. S. 160.

31) Z. B. A hat von B, der später in Konkurs gerieth, Waaren gekauft und zur Deckung des Kaufpreises im Voraus vor Empfang der Waaren Wechsel überschickt.

Wissenschaft[32]) und dieser sich anschließend das Reichsoberhandelsgericht[33]) wie andere deutsche Obergerichte[34]) annehmen zu sollen glaubt, daß der Wechsel als solcher (nicht blos das Papier, sondern der Vermögenswerth der Wechselforderung) durch ein Voll-Giro auch volles Eigenthum des Indossatars werde, hat die Berathungskommission[35]) ausdrücklich zu Protokoll[36]) konstatirt[37]): „Durch §. 35 des Entwurfes solle nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, soferne sie dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen sind, daß sie nur zur Sicherung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung", „zur Sicherung" oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält" [38]).

---

32) Renaud, Wechselrecht §. 58 Note 3; Thöl Bd. II (2te Auflage) §. 247 Nr. II.

33) Erkenntniß vom 9. April 1872 in den Entscheid. Bd. VI S. 53; ferner Bd. V S. 36, Bd. VII S. 245, VIII S. 333, X S. 386.

34) Seuffert's Archiv Bd. 7 S. 429, Bd. 12 S. 94, 255 und 398, Bd. 18 S. 265, Bd. 22 S. 253, Bd. 25 S. 426.

35) Es war besonders Dr. Goldschmidt, welcher wiederholt (Prt. S. 28—32; S. 127—131; S. 163—170) Anträge stellte, den im Texte gegebenen Gedanken als positive gesetzliche Bestimmung auszusprechen; die Gründe, welche von Seite des Reg.-Vertreters Hagens und Hertz entgegengestellt wurden und zur Verwerfung der Anträge führten, sind: daß sich diese quaestio facti eben nicht von vornherein gesetzlich normiren lasse. Ein Auszug aus den Verhandlungen scheint mir übrigens nicht zu genügen und zum vollen Abdrucke fehlt der Raum; ich muß also in dieser Materie diejenigen, welche sich genau informiren wollen, auf die Originalprotokolle verweisen.

36) K. Prt. S. 172.

37) Diese Konstatirung wurde bei der Berichterstattung durch den Referenten v. Bahl im Plenum des Reichstages ausdrücklich wiederholt, vgl. Stenogr. Berichte des Jahres 1876 (IV. Session) Bd. I S. 570.

38) Den Widerspruch der in dieser Konstatirung enthaltenen Annahme mit dem oben angegebenen Ausspruche des ROHG. suchte man durch die Distinktion zu beseitigen, daß durch das Voll-Giro der Indossatar zwar die Wechselforderung vollständig überkomme, aber nur dem Dritten aus dem Wechsel Verpflichteten gegenüber. Im Verhältniß zum Indossanten und damit zu den Mitgläubigern aber entscheide das materielle Rechtsverhältniß. Fast sämmtliche Rechtslehrer schließen sich der Ansicht an, daß durch die oben erwähnte Konstatirung das Aussonderungsrecht gesetzlich feststehe. So Hullmann S. 16, Meisner S. 156, Petersen S. 184, Stieglitz S. 203 ff., v. Wilmowsky S. 206 u. 207. — Nur v. Sarwey bleibt auch in der neuen Auflage (S. 245) darauf stehen, daß jene Konstatirung zwar die über-

III. Das Gesetz erklärt als der Aussonderung unterworfen nur den Anspruch auf den Gegenstand. Dies ist ganz strenge wörtlich zu nehmen. Sobald der Gegenstand, welchen der Dritte prätendirt, selbst nicht mehr vorhanden, sondern die Masse durch denselben nur bereichert ist, findet keine Aussonderung statt, sondern der Dritte muß sich im Konkurse als Gläubiger melden. Dies tritt also ein, wenn der fragliche Gegenstand weiter veräußert wurde, wenn er zu Grunde gegangen, wenn er von einem Anderen entwährt worden ist. Doch ist zu unterscheiden:

α) Im Falle der Veräußerung entscheidet der Moment der Konkurseröffnung. Nur was vor derselben bereits aus den Händen des späteren Gemeinschuldners und was an Gegenleistung dafür vollständig in das Vermögen des späteren Gemeinschuldners gekommen war, ist der Aussonderung definitiv entzogen. (Vgl. hierüber unten zu §. 38.)

β) Ist dagegen der Gegenstand des Aussonderungsanspruches zu Grunde gegangen oder verschlechtert worden, so entscheidet nicht blos der Zeitpunkt, wann dies erfolgte, sondern es richtet sich das Recht des Aussonderungsberechtigten vor Allem nach den allgemeinen Grundsätzen über die Pflicht zur Vertretung. Liegt eine solche nicht vor, so kann natürlich auch dann eine Forderung gegen die Masse nicht erhoben werden, wenn der Untergang oder die Aenderung erst nach der Konkurseröffnung [39]) erfolgte. Umgekehrt, wenn der Untergang die Verschlechterung oder Aenderung vor der Konkurseröffnung eingetreten ist, kann, auch wenn Verschulden in Mitte liegt, ein Entschädigungsanspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.

c. (aus der Konkursmasse).

Dieser Ausdruck ist nicht auf die faktische Konkursmasse zu beschränken; das heißt die in §. 35 der KO. enthaltene Vorschrift ist nicht blos dann maßgebend, wenn sich der in Anspruch genommene Gegenstand thatsächlich in den Händen des Gemeinschuldners befunden hat und nach der Konkurseröffnung in jene des Verwalters übergegangen ist, sondern auch dann, wenn sich der Anspruch des Verwalters, den Gegenstand zur Masse zu ziehen, mit dem Anspruche eines Anderen auf denselben Gegenstand kreuzt.

---

einstimmende Absicht der Gesetzgebenden Faktoren dokumentire, aber nicht selbst Gesetz sei, und falls die Gerichte an der obigen Entscheidung über die Qualität des Vollindossaments festhielten, müsse demohngeachtet das Aussonderungsrecht verneint werden.

39) Inwieweit etwa die Ersatzpflicht deshalb begründet ist, weil die Argumentation Platz greift: „hätte mir der Verwalter, wie es seine Pflicht war, mein Eigenthum sofort bei der Konkurseröffnung zurückgestellt, so wäre es nicht zu Grunde gegangen", ist eben eine Frage der Vertretungspflicht.

Nehmen wir z. B. den Fall: auf der Hypotheken- und Wechsel-Bank dahier sind zur Bedeckung eines Lombardanlehens 100 Stück Oesterreichische Kreditaktien deponirt; das Geschäft steht nominell auf den Gemeinschuldner und der Verwalter zieht daher die Kreditaktien (vorbehaltlich des Absonderungsrechtes der Bank) zur Masse. Hiegegen tritt der Bruder des Gemeinschuldners auf, behauptend: diese Aktien seien sein Eigenthum; er habe dieselben dem Gemeinschuldner nur behufs der Verpfändung überlassen, werde aber die Bankschuld übernehmen, und beanspruche dagegen das Pfandobjekt. Die Austragung dieser Streitigkeit gehört ebenso außerhalb des Konkursverfahrens, als wenn die Aktien in der vom Verwalter in Besitz genommenen Masse sich befunden hätten [40]). In ähnlicher Weise lassen sich andere Fälle denken, in denen der Verwalter, ohne den Gegenstand des Aussonderungsanspruches in Händen zu haben, der Beklagte ist. Letzteres Moment natürlich bleibt Voraussetzung; wenn der Prätendent selbst in Besitz ist, der Verwalter aber will den Gegenstand zur Masse ziehen und tritt als Kläger auf, so kann man nicht mehr von „Aussonderung" sprechen [41]); ebenso dann nicht, wenn ein Dritter deshalb Beklagter wird, weil er behauptet, der in Anspruch genommene Gegenstand gehöre zu der Konkursmasse und er könne deshalb den Anspruch des Fordernden nicht anerkennen.

d. (eines dinglichen).

Die eigentliche und wichtigste Basis der Aussonderungsansprüche [42]) ist das Eigenthum [42]), woran der Umstand [43]) Nichts ändert, daß die Geltendmachung der Aussonderung in der Regel nicht des vollen Eigenthumsnachweises bedarf, sondern mit der sogenannten Publizianischen Klage ausreicht. Die übrigen dinglichen Ansprüche werden in der Praxis selten als Aussonderungsfälle vorkommen, indessen sind sie zulässig und denkbar. Gesetzt, der Gemeinschuldner A hätte vor der Konkurseröffnung als Neffe und Intestaterbe des verstorbenen B dessen Vermögen an sich genommen, und nun tritt nach eröffnetem Konkurs der C auf Grund eines vorgefundenen Testamentes als Erbe auf und verlangt die Herausgabe der Erbschaft (mittelst der

---

40) Man könnte allerdings hierin den Fall der Aussonderung eines Rechtes, nämlich der actio depositi gegen die Bank erblicken und danach das Rechtsverhältniß konstruiren; indessen scheint mir die im Texte gegebene Darstellung als Fall einer gewöhnlichen Sach-Aussonderung einfacher.

41) Allein der Satz: „daß sich dieser Anspruch nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen bestimmt", gilt auch für diese Fälle.

42) Es ist bereits in der Einleitung erwähnt, daß man deshalb früher die Aussonderungsberechtigten kurzweg „Vindikanten" nannte.

43) Welchen, wie auf S. 434 bemerkt, die Motive betonen.

hereditatis petitio), so ist dies als Aussonderungsanspruch nach §. 35 der KO. zu behandeln [44]). Dagegen gewährt das Pfandrecht keinen Aussonderungsanspruch, vielmehr nach §. 40 der KO. ein Absonderungsrecht; das heißt, das dingliche Recht, aus einer Sache Befriedigung für eine Forderung zu verlangen (was ja den Begriff des Pfandrechtes bildet), wird nicht im Wege der Ausscheidung des Rechtes an der Sache, sondern durch Ausscheidung der Sache selbst bethätigt. Wie aber, wenn es sich um den bloßen Pfandbesitz handelt? Z. B. A (der spätere Kridar) hat dem B ein Pferd als Faust-Pfand für eine Forderung gegeben, welches denn auch bei B im Stalle sich befindet. Am Morgen vor der Konkurseröffnung schleicht sich A in den Stall und führt das Pferd hinweg zu sich heim. Ich bezweifle keinen Augenblick, daß der B in diesem Falle einen wahren Aussonderungsanspruch hat, daß er die Rückgabe des Pfandobjektes von dem Verwalter begehren und im Weigerungsfalle den Besitz klageweise außerhalb des Konkursverfahrens verfolgen kann.

Hinsichtlich der Servituten muß man gleichfalls meines Erachtens unterscheiden. Wurde das dingliche Recht als dem Gemeinschuldner gehörig zur Masse gezogen, während es ein Anderer für sich in Anspruch nimmt, so liegt offenbar ein Aussonderungsfall vor. Wenn z. B. feststeht, daß A sein Haus dem B hinterlassen, dasselbe aber mit einem Nießbrauch beschwert hat; der Verwalter im Konkurse des C zieht dieses Nutznießungsrecht zur Masse, weil er annimmt, der C sei der Nutznießer, und nun tritt die Ehefrau des C auf und behauptet, der Nießbrauch sei von dem A gar nicht ihrem Ehemanne, sondern ihr, der Frau, hinterlassen worden, so ist dies allerdings ein Aussonderungsanspruch, welcher wie jeder andere im ordentlichen Verfahren verfolgt werden muß [45]).

---

44) Das heißt: die Klage geht gegen den Verwalter, ist vor dem zuständigen Gerichte im ordentlichen Verfahren zu betreiben und richtet sich die materielle Entscheidung nach dem betreffenden Civilrechte. Indessen modifizirt sich doch das Objekt der petitio einigermaßen in Folge des Konkurses, vgl. oben zu lib. b III.

45) Bei Realservituten kommt freilich diese Form nicht vor; denn hier muß sich der Streit stets zwischen einem praedium dominans und einem praedium serviens bewegen; würde der Verwalter behaupten, diese und diese Servitut stehe dem zur Masse gehörigen Grundstücke x zu, während A prätendirt, sein Grundstück y sei das berechtigte, so würde hiedurch kein Streit zwischen dem Verwalter und A, sondern zwei Prozesse, einer zwischen dem Verwalter und dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes, und ein anderer zwischen dem A und diesem Eigenthümer entstehen. Ueber den Fall des Streites über die Heranziehung eines Nießbrauches nach §. 1 Abs. 2 der KO. in die Masse vgl. oben S. 371 u. 372.

Es ist aber auch der Fall denkbar, daß der Verwalter einen Gegenstand als unbeschwert und servitutenfrei zur Masse ziehen will, während ein Anderer behauptet, ihm stehe ein dingliches Recht an demselben zu. Nun kann man wohl sagen: diejenige ideelle Funktion des Eigenthums, welche den Inhalt des in Anspruch genommenen Rechtes ausmacht, sei „ein dem Gemeinschuldner nicht gehöriger Gegenstand"; allein diese Auslegung scheint mir gezwungen. Ich glaube also nicht, daß der Streit des A gegen den Verwalter der B'schen Konkursmasse darüber, ob dem A der beanspruchte Nießbrauch an dem von B ererbten Landgute x legirt sei oder nicht, als ein „Aussonderungsanspruch" im technischen Sinne bezeichnet werden kann [46]). Noch weniger läßt es sich unter dem Wortlaut des §. 35 subsumiren, wenn z. B. A als Besitzer des Hauses Nr. 2 an der Ulmenstraße behauptet, auf dem dem Gemeinschuldner gehörigen Hause Nr. 3 an derselben Straße dürfe kein Stockwerk aufgebaut werden, oder ihm stehe das Recht zu, das Waschhaus im Hofe von Nr. 3 zu benutzen. Anderseits ist aber wohl nicht zu bestreiten, daß die vorerwähnten Ansprüche keine Konkursforderungen sind. Ich wäre geneigt, dieselben nach Analogie der Masseschulden zu behandeln, worüber bei §. 52 der KO. Mehreres gesagt werden wird. Von praktischer Bedeutung ist übrigens die Frage der systematischen Klassifizirung dieser Art von Ansprüchen deshalb nicht, weil die Inhaber der Rechte mit diesen sich an die Käufer der Sachen im Konkurse halten können und an diese zu verweisen sind [47]).

e. (persönlichen Rechtes).

Obwohl (wie oben erwähnt) das Gemeine Recht die Aussonderungsberechtigten als „Vindikanten" bezeichnete, war doch nie bezweifelt [48]), daß, wer aus einem persönlichen Rechte zurückfordern konnte, die Separation zu verlangen befugt war, soferne der Kridar die zurückzunehmende Sache aus einem Vertrage in Händen hat, welcher keinen Eigenthumsübergang bewirkt. Die Konkursordnung hat diesen Satz gleichfalls adoptirt. Sonach kann, — immer vorausgesetzt, daß die Sache noch in Natur vorhanden ist [49]), — ein leihweise anvertrauter (Kommodatum), ein hinterlegter (Depositum), ein

46) In dem Erkenntnisse des R.G. v. 15. März 1880 (Entscheid. Bd. I S. 386) ist in einem (nach der Pr. KO. zu entscheidenden Falle) ausgesprochen, daß der Nießbrauchsberechtigte, selbst wenn das Objekt als unbeschränkt in die Masse gezogen wäre, nachträglich sein Nutznießungsrecht außerhalb des Konkurses verfolgen, insbesondere Eintragung desselben im Grundbuche verlangen könne.

47) So schon Schweppe a. a. O. S. 80.

48) v. Bayer a. a. O. S. 148; Schweppe a. a. O. S. 81.

49) Vgl. lit. b Nr. III.

in Miethe oder Pacht, ebenso ein nur in Verwaltung gegebener Gegenstand im Wege der Aussonderung von dem Leiher, Hinterleger, Vermiether, Verpächter auch dann zurückgenommen werden, wenn der Rückfordernde nicht Eigenthümer [50]) der Sache ist. In diesem Falle wird sogar der Verwalter dem sich meldenden Eigenthümer die Rückgabe auf Grund des bestehenden Vertrages verweigern müssen.

Ebenso kann Derjenige, welcher einen persönlichen Anspruch auf die Herausgabe hat, die Aussonderung verlangen, wenn der Gemeinschuldner ohne Recht in Besitz ist, z. B. wenn der Kridar durch Entwendung oder Unterschlagung oder sonstwie [51]) die Sache ohne Grund erlangte [52]). Eine nicht selten vorkommende hieher gehörige Kategorie bilden Pfänder nach getilgter Schuld und Kautionen nach erfülltem Kontrakte oder treulich geendeter Verwaltung [53]). Bei dieser letzteren ist von entscheidender Bedeutung, ob die Kaution lediglich zur Sicherstellung hinterlegt oder nach Art des depositum irregulare gestellt wurde. Wenn z. B. der Bräumeister dem Gutsherrn A als Kaution zweitausend Mark baar bezahlte, so hat er, wenn A in Konkurs geräth, kein Aussonderungsrecht, während er, falls er z. B. die Vereinsbankaktien Nr. 12 bis 20 als Kaution gegeben hätte, diese aussondern darf [54]). Sind nicht bestimmte Stücke, sondern Werthpapiere einfach

---

50) War er Eigenthümer, so könnte er ohnehin vindiziren; allein er braucht dies nicht, er kann sich der einfacheren Vertragsklage bedienen. Die Motive zum I. E. (Bd. I S. 203) sagen: „Die Eigenthumsansprüche können mit einem obligatorischen Verhältnisse konkurriren. Der Vindikant kann beispielsweise die beanspruchte Sache von dem Gemeinschuldner gekauft oder an ihn verkauft haben, und der Vertrag bei der Eröffnung des Verfahrens noch nicht vollständig erfüllt gewesen sein. Die Eröffnung kann auf die Erfüllung des Vertrages und, je nachdem diese zu leisten oder zu unterlassen ist, auf den Erfolg der Vindikation von Einfluß sein; auf das Recht der Vindikation wirkt die Konkurseröffnung nicht ein".

51) Ein Erk. des OAG. zu München vom 31. Mai 1870 (Seuffert, Archiv Bd. XXV S. 132) ließ z. B. die Separation von Aktien-Einzeichnungs-Certifikaten zu, welche der Gemeinschuldner als Geschäftsführer eines Anderen gezeichnet hatte.

52) Inwieweit dies bei einem nicht vollständig erfüllten zweiseitigen Vertrage der Fall ist, bemißt sich nach den Vorschriften des II. Titels der KO.

53) Völdernborff, Nachlaßvertrag (Erlangen bei Joh. Jac. Palm 1788) S. 115.

54) Diese Aussonderung besteht natürlich nicht in der Rücknahme, sondern darin, daß der Bräumeister sich mit der Masse auseinanderzusetzen und nur dieser gegenüber, nicht aber im Konkurse seine Ansprüche auf die Kaution zu vertreten hat.

als fungible Sachen zur Kaution gestellt[55]), so ist ebenfalls nur eine Konkursforderung vorhanden. Denn ausgeschlossen bleibt die Aussonderung jedesmal, wenn zwar ein Rückforderungsrecht besteht, aber dessen Inhalt so geartet ist, daß der Gemeinschuldner obligirt erscheint, einen ihm — dem Gemeinschuldner — gehörigen Gegenstand herauszugeben[56]).

f. (nach den außerhalb des Konkursverfahrens).

I. Es ist bereits mehrfach erwähnt, daß als Prinzip der Behandlung der Aussonderungsansprüche nach der Konkursordnung der Satz gilt: man kann von der Masse jeden Gegenstand zurückverlangen, den man in natura vom Inhaber, falls er nicht in Konkurs wäre, zurückverlangen könnte. Wann dies zulässig sei, richtet sich nach dem Civilrecht[57]), und es erscheint hienach klar, was die Motive bemerken, daß die einzelnen Fälle nicht wohl aufgezählt werden können, „da eine Aufzählung bei der größten Sorgfalt dem Vorwurfe der Unvollständigkeit nicht wohl entgehen und bei der Verschiedenheit der zur Zeit in Deutschland geltenden bürgerlichen Rechte fast der Möglichkeit sich entziehen würde“[58]).

Im praktischen Leben wird nun in der Regel die Frage darin gipfeln, wann das Gesetz den Zeitpunkt des Eigenthumsüberganges eintreten läßt; der Aussonderungsfordernde wird behaupten: „ich habe zwar die Sache dem Gemeinschuldner schon übergeben gehabt, aber ich bin noch Eigenthümer geblieben“ oder „ich habe die Sache zwar dem Gemeinschuldner noch in Händen gelassen, bin aber bereits der Eigenthümer geworden“, während der Gläubiger und beziehungsweise der Verwalter das Umgekehrte behaupten werden. Es ist nun hier als wichtiger Grundsatz das bereits mehrerwähnte, von §. 35 der KO. negativ ausgesprochene Prinzip festzuhalten, nämlich: bei Beurtheilung des Rechtsverhältnisses darf der Umstand, daß der Inhaber des Gegenstandes ein Gemeinschuldner ist, gar nicht in Betracht gezogen werden, dessen Konkursmäßigkeit erscheint nach dieser Richtung irrelevant

55) Z. B. der Pächter übergibt zwei Stück Bayerische Eisenbahnobligationen à 1000 Mark ohne weitere Bedingung, als daß er seinerzeit zwei solche Obligationen zurückerhalten soll.

56) Es tritt hier eben wiederum jener oben (S. 216) erwähnte prinzipielle Unterschied innerhalb der Obligationen zu Tage.

57) Es bedarf kaum der Erwähnung, daß die Frage, nach welchem Civilrecht zu entscheiden ist, sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Statutenkollision zu lösen hat.

58) Eine sehr verdienstvolle Zusammenstellung der Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über Erwerb von Eigenthum an körperlichen Sachen durch Vertrag gibt v. Sarwey, Konkursordnung S. (192 ff.) 229 ff.

und die Konkurseröffnung bleibt ohne Einfluß[59]). Daraus folgt: alle in den bisherigen Rechten bestandenen Vorschriften, welche diesem Grundsatze widersprechen, sind aufgehoben; alle Bestimmungen, wodurch dem früheren Eigenthümer eine Befugniß zur Rücknahme, die in gewöhnlichen Verhältnissen nicht bestehen würde, nur deshalb gegeben wird, weil der neue Erwerber in Konkurs gerathen ist, oder wodurch die in gewöhnlichen Verhältnissen dem Eigenthümer zustehende Befugniß zur Rücknahme deshalb versagt wird, weil nun Mitgläubiger in Folge der Konkurseröffnung konkurriren, alle diese Bestimmungen sind durch §. 35 der KO. aufgehoben. Es ist einerlei, ob dieselben in dem partikularen Konkursrechte, in Fallimentsgesetzen, Gantordnungen u. s. w. oder im bürgerlichen Rechte enthalten sind[60]).

Die Motive (zum II. E. S. 158) bemerken: „eine vollständige Zusammenstellung der desfallsigen zur Zeit bestehenden und nun aufgehobenen Sonderbestimmungen läßt sich nicht geben". Indessen führen die Motive drei derselben besonders an: nemlich den §. 24 der Pr. KO. (über welchen oben bereits gesprochen wurde), dann den §. 25 der Pr. KO. (Verkaufs-Kommission), worüber die Erläuterungen zu §. 36 des Gesetzes zu vergleichen sind, und endlich den §. 2 der Bayer. Prior.-Ordnung, welcher dem Art. 27 Nr. 3 der Hamburger Fallitordnung adäquat ist und von der Möglichkeit der Absonderung von baarem Gelde handelt. Ueber diese Frage ist gleichfalls schon früher (oben S. 440) gehandelt. Einige anderweitige Sonderbestimmungen sind auch oben bei §. 20 (S. 282 ff.) aufgeführt und erörtert.

g. (geltenden Gesetzen).

I. Der §. 35 der KO. sagt nicht: „die Aussonderungsansprüche sind im gewöhnlichen Prozeßverfahren zu verfolgen" oder so ähnlich. Derselbe beschränkt sich mit einer Hinweisung auf die geltenden Gesetze. Der Verwalter muß deshalb, wenn er auch nach §. 107 der KO. bei der Eröffnung des Konkurses das gesammte Vermögen, welches in den Händen des Gemeinschuldners sich befindet, in Besitz zu nehmen hat, doch nicht alle Sachen, auch solche, an welchen ein Aussonderungsanspruch behauptet wird, an sich ziehen und jeden derartigen Ausspruch im Prozeßwege austragen. Er hat vielmehr die für den Anspruch vorliegenden Beweise als sorgfältiger Verwalter[61]) zu prüfen und, wenn er sie genügend findet, allenfalls nach Anhörung des Gläubigerausschusses (§. 121), darf er nicht nur, sondern er muß sogar die Gegenstände an die Berechtigten verabfolgen. Diese Thätigkeit des Verwalters ist übrigens eine lediglich seine eigene Verant-

59) Vorbehaltlich der §§. 36 und 38 der KO.

60) Vgl. auch §. 4 des Einf.-Gesetzes zur KO.

61) Vgl. Abth. II §. 74.

wortung berührende und entzieht sich deshalb der Oberaufsicht des Konkursrichters. Gesetzt, es findet sich bei Versiegelung der Masse ein silberner Becher, welchen sowohl der Gemeinschuldner selbst wie dessen Verwandte als Familienerbstück erklären, das nur zur Aufbewahrung dem Schuldner als dem Aeltesten überlassen sei; der Verwalter will aber vorerst die Aussonderung nicht zugeben, sondern behält sich vor, der Gläubigerversammlung Vortrag zu erstatten. Hier können die Betreffenden nicht etwa die in §. 75 der KO. statuirte Aufsicht des Gerichtes anrufen und einen Befehl des Konkursrichters erwirken, daß der Verwalter den fraglichen Becher herausgeben müsse. Sie können allerdings in einer Gläubigerversammlung sich gegen den Verwalter beschweren, wenn aber dies fruchtlos bleibt, müssen sie den Prozeßweg betreten.

II. Nach dem allgemein gültigen bürgerlichen Gesetze bestimmt sich dann auch, ob der Verwalter dem Aussonderungsberechtigten den betreffenden Gegenstand ohne Weiteres und vorbehaltlich etwaiger Ersatzansprüche zu überlassen oder aber wegen der ihm zustehenden Gegenforderungen ein Retentionsrecht habe. In der Pr. KO., obwohl auch sie den in §. 35 der KO. enthaltenen Grundsatz aufgestellt hatte, war es für nöthig erachtet worden, diesen Folgesatz ausdrücklich auszusprechen[62]), was mit Recht[63]) unser Gesetz unterläßt. Es ist durch das Hinweglassen einer desfallsigen besonderen Bestimmung kundgegeben, daß nicht etwa für die Konkursmasse hinsichtlich des Retentionsrechtes etwas Eigenthümliches gelten soll; es soll also nicht dem Rückfordernden der Ersatz jeder von dem Gemeinschuldner oder dem Verwalter verausgabten Summe oder übernommenen Leistung auferlegt, oder dem Verwalter ein unbeschränktes Retentionsrecht eingeräumt sein. Vielmehr hat der Verwalter nur das zu fordern, was jeder andere Besitzer zu fordern berechtigt wäre.

---

62) Pr. KO. §. 29: „Wenn dem Gemeinschuldner oder der Konkursmasse in Beziehung auf zurückgeforderte Sachen Gegenforderungen wegen Auslagen, Verwendungen, Abschlagszahlungen oder aus einem anderen Grunde zustehen, so kann die Herausgabe nur gegen Befriedigung der Gegenforderungen verlangt werden". Aehnlich das Französische Recht und verschiedene Partikulargesetzgebungen.

63) Die Gründe werden in den Motiven zum II. E. S. 157 gegeben.

§. 36.

Ausnahmsweises Aussonderungsrecht des Verkäufers und Einkaufskommissionärs.

Der Verkäufer[a]) oder Einkaufskommissionär[b]) kann Waaren[c]), welche von einem anderen Orte[d]) an den Gemeinschuldner abgesendet[e]) und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind[f]), zurückfordern[g]), sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens[h]) an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind[i]).

Die Bestimmungen des §. 15 finden Anwendung[k]).

I. E. §. 41; II. E. §. 36; Pr. H. G. Art. 726 u. 727; Pr. KO. §. 26 und 27; Bayr. Prior.-Ordn. §. 3 Nr. 2.

a. (Der Verkäufer).

I. An und für sich sollte der Verkäufer in Bezug auf das Aussonderungsrecht nicht anders behandelt werden, wie jeder sonstige Kontrahent; auch für ihn müßte gelten, daß er sein bisheriges Eigenthum, falls dasselbe bereits vor Eröffnung des Konkurses auf den Gemeinschuldner übergegangen war, nicht mehr geltend machen kann, sondern die ihm gebührende Gegenleistung, wenn sie noch aussteht, als Konkursgläubiger zu fordern hat. Allein von jeher ist die Gesetzgebung in dieser Hinsicht dem Verkäufer günstiger gewesen und hat ihn mit Rücksicht auf den Verkehr zu schützen versucht[1]). Zwar nicht im Allgemeinen im gewöhnlichen Verkaufsgeschäfte im kleinen Verkehre, wohl aber im eigentlichen Handel, im Falle die Waaren aus der Fremde verschrieben und noch unterwegs waren, als der Konkurs ausbrach[2]). Das Recht des Verkäufers, in diesem Falle die unbezahlten Waaren zurückzufordern (droit de suite, right of stoppage in transitu) ist bei allen Handelsvölkern alt hergebracht. Es ist ein besonderer Fall und nach besonderen Gesichtspunkten zu betrachten[3]).

---

1) Ich übergehe die treffliche Darstellung des bisherigen Zustandes der Deutschen Partikularrechte, welche sich in den Motiven zum I. E. S. 208 ff. findet, weil sämmtliche derartige Bestimmungen nunmehr durch §. 36 ersetzt sind und auch zu dessen Verständniß deren Kenntniß nicht nöthig sein dürfte.

2) Diese Definirung und das Folgende ist aus den Motiven (zum II. E. S. 164 ff.). Vgl. auch die interessante Monographie v. Dr. Fr. Oetker: das Verfolgungsrecht nach §. 36 der Reichsconcursordnung, Berlin 1883.

3) Die legislativen Gründe dafür und dagegen sind prägnant in den Motiven a. a. O. dargelegt.

Soferne nach dem bürgerlichen oder dem Handelsrechte erst durch die körperliche Uebergabe der Sache oder mit einem noch späteren Termine (z. B. mit der Zahlung des Kaufpreises) das Eigenthum der Sache auf den Käufer übergeht, bildet das vorerwähnte Recht ohnehin keine Ausnahme; denn dann ist der Verkäufer als Eigenthümer wie jeder andere Eigenthümer berechtigt, das ihm Gehörige aus der allgemeinen Masse auszusondern. Allein nach manchen Rechten geht das Eigenthum schon mit Abschluß des Kaufes über[4]), und auch wo dies nicht der Fall, sieht man eine Art von Tradition in der Verladung[5]), in der Absendung des Frachtgutes, in der Uebermittlung des Frachtbriefes, des Konossements u. s. w.[6]). Für diese Rechtsgebiete nun[7]) ist der §. 36 eine Ausnahmsbestimmung zu Gunsten des Verkäufers und zum Schutze dagegen, daß gewissenlose Schuldner noch am Vorabend ihrer Zahlungseinstellung Waaren von Auswärts bestellen[8]).

II. Es ist noch besonders der Fall hervorzuheben, daß dem Gemeinschuldner die Waaren nicht wirklich verkauft, sondern zum Verkaufe in Kommission gegeben sind. Hiefür hatte die Pr. KO. in §. 25 die Bestimmung, „daß Waaren und andere Gegenstände, welche dem Gemeinschuldner zum Verkauf in Kommission gegeben sind, zurückgefordert werden können, sofern dieselben zur Zeit der Konkurseröffnung bei dem Gemeinschuldner oder einem Dritten, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt, in Natur unterscheidbar vorhanden sind, und daß im Falle eines bereits stattgehabten Verkaufes die Uebereignung des noch ausstehenden Kaufpreises verlangt werden könne.“ Die Motive (zum II. E. S. 161) erörtern nun, wie ich glaube mit vollem Rechte, daß diese Bestimmung theils überflüssig, theils unrichtig ist. Unrichtig in dem Falle, daß der Gemeinschuldner von dem ihm nach

---

4) Code civil (art. 1583): „la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé.

5) Pr. LR. Th. I Tit. XI. §. 128: Unter Abwesenden ist die Uebergabe beweglicher Sachen vollzogen, sobald die Sache — auf die Post gegeben oder dem Fuhrmanne oder Schiffer überliefert worden.

6) „Der Erwerb des Ladescheines vertritt die Stelle der Uebergabe des Gutes“, vgl. Anschütz u. Völderndorff, Kommentar zum A. D. HGB. Bd. III S. 128 u. 129.

7) Das Erk. des RG. vom 24. Februar 1883 (Entscheid. Bd. VIII S. 84) bezeichnet den Grundgedanken des §. 36 folgendermaßen: „Vermöge dieses Rechts gilt diejenige Veränderung, welche nach den Grundsätzen des bürgerlichen Landesrechtes durch die Absendung der Waaren in Bezug auf das Eigenthum oder Besitzrecht des Absenders an denselben eingetreten war, bis zum Augenblicke der Absendung rückwärts gerechnet, für aufgehoben.

8) Wegen des Verhältnisses zu Dritten siehe unten lit. g. III.

Art. 376 des A. D. HGB. zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat, sich selbst als Käufer zu erklären; denn wenn er dies bereits vor der Konkurseröffnung gethan hat[9]), so kann der Kommittent den Auftrag nicht mehr widerrufen und kann daher auch die Waaren nicht anders zurückfordern als wie jeder andere Verkäufer. Ueberflüssig aber ist die Bestimmung, wenn die Kommission bei Eröffnung des Konkurses weder durch Verkauf noch durch Selbstkauf ausgeführt war, denn in diesem Falle führt entweder der Verwalter den Auftrag aus und dann haftet ja die Masse als solche, oder aber der Kommittent widerruft rechtzeitig seinen Auftrag und vindizirt dann wie jeder andere Eigenthümer seine Sache. Was aber den Fall des noch ausstehenden Kaufpreises betrifft, so ist dieser in Folge der Vorschrift des Art. 368 Abs. 2 des A. B. HGB. erledigt; denn da hienach solche Forderungen auch den Gläubigern des Kommissionärs gegenüber als Forderung (nicht des Kommissionärs, sondern) des Kommittenten gelten, so ist die Aussonderung derselben unbestreitbar[10]).

b. (Einkaufskommissionär).

„Kommissionär ist derjenige, welcher gewerbemäßig im eigenen Namen für Rechnung eines Auftraggebers Handelsgeschäfte schließt" (Art. 360 des A. D. HGB.), der Einkaufskommissionär aber ist, wenn es sich um Waaren handelt, welche einen Marktpreis haben, befugt, diese selbst als Verkäufer zu liefern und wird sogar als Verkäufer angesehen, wenn er nicht sofort einen Anderen benennt (Art. 376 des A. D. HGB.[11]). Sonach steht er mit Recht dem unmittelbaren Verkäufer gleich. Hieraus ergibt sich aber, daß in solchem Falle der eigentliche Verkäufer das Recht des §. 36 nicht hat. Z. B. der Kaufmann Zucker in München beauftragt den Agenten Rechner in Hamburg, ihm 10 Ballen Java mittlerer Qualität zu kaufen und den Kaufpreis auf ihn einen Monat a dato der Faktura zu ziehen. Rechner kauft von der Firma Bohne et Cpie den Kaffee auf eigene Rechnung gegen drei Monate Credit und gibt Auftrag, denselben in seinem Namen durch Spediteur Eile nach München zu schicken. Kaum ist dies geschehen, so erfahren Bohne et Cpie, daß Zucker in Konkurs gerathen sei; sie befürchten, Rechner werde

---

9) Nachher freilich wäre eine solche Erklärung wirkungslos.

10) Vgl. hierüber auch Anschütz und Völdernborff, Kommentar zum A. D. HGB. Bd. III S. 349 ff.

11) Man könnte hieraus folgern wollen, daß der §. 36 auf den Einkaufskommissionär dann keine Anwendung findet, wenn derselbe Waaren, die keinen Marktpreis haben, geliefert hat. Allein da diese Ausnahme im Gesetze nicht getroffen ist und die Gründe desselben (Motive zum II. E. S. 166) auch für obige Voraussetzung Platz greifen, läßt sich die fragliche Einschränkung nicht als gerechtfertigt erkennen.

in Mitleidenschaft gezogen werden, und wollen nun auf Grund des §. 36 die Sendung zurückfordern. Dies können sie nicht; denn nach Art. 360 Abs. 2 des A. D. HGB. ist zwischen ihnen und dem Kaufmann Zucker keinerlei Kaufgeschäft entstanden; sie sind nur dem Agenten Rechner gegenüber Verkäufer, und selbst vorausgesetzt, auch dieser sei in Konkurs verfallen, so ist doch zwischen ihm und Bohne et Cpie kein Distanzkauf vorliegend, auf den allein (vgl. unten lit. d) §. 36 sich bezieht [12]).

c. (Waare).

„Waare" ist nach dem heutigen Sprachgebrauche nicht (wie das Römische: merx) jede als Objekt des Kaufes dienende Sache; im Gegentheile: keine Sache ist an sich Waare [13]), sie wird es erst dann, wenn sie nicht blos um ihres Gebrauchswerthes willen, sondern wenn sie wegen ihres Tauschwerthes Gegenstand des Umsatzes ist [14]). Demnach wird eine Sache „Waare", wenn sie einen Gegenstand des kaufmännischen Verkehres bildet, insoferne sie Objekt des eigentlichen Handels ist [15]). Unter dieser Voraussetzung aber findet der §. 36 „auf jegliche Waare, auf jede einem Handelskauf und der Versendung unterworfene Sache Anwendung". (Motive.) Insbesondere ist nicht (wie in §. 16 der KO. [16]) die Anwendung auf marktgängige oder kursmäßige Waaren eingeschränkt, dagegen aber muß allerdings ein nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilendes Kaufgeschäft vorliegen. Es werden ferner unter „Waaren" im Verkehr nur körperliche Sachen [17]) verstanden; Forderungen zählen nicht hieher. Insoweit indessen die Forderung an den Besitz eines Papieres geknüpft ist, findet §. 36 allerdings auf sie Anwendung. Wechsel, Werthpapiere, Aktiven sind gerade die Hauptobjekte, welche hier in Frage kommen [18]).

Wie ist es nun mit Geld? Es unterliegt keinem Zweifel, daß es unter denjenigen beweglichen körperlichen Sachen begriffen ist, welche „Waare"

---

12) Die Richtigkeit dieser Argumentation ist sofort ersichtlich, wenn man den Fall so stellt, daß nur Rechner, nicht aber Zucker in Konkurs geräth. Sollte Zucker, welcher mit Bohne in gar keiner Beziehung steht und welcher möglicherweise den Kaffee an Rechner schon bezahlt hat, zu Gunsten des ihn nichtsangehnden Dritten sein Eigenthum verlieren?

13) Thöl, Handelsrecht Bd. I S. 122; Brinckmann, Handelsrecht S. 10.

14) Wenn ich mir ein Reitpferd kaufe, spricht Niemand von „Waare"; wenn Pferdehändler Fränkl mit 80 Ungarischen Fohlen kommt, sagt jeder Roßkundige: „diesmal hat der Fränkl schöne Waare mitgebracht."

15) Treitschke, Kaufkontrakt 2. Aufl. §. 1; Endemann, Handelsrecht S. 369.

16) Vgl. oben S. 236.

17) Daß Immobilien keine „Waaren" sind, bedarf keiner Erwähnung, weil der §. 36 ohnehin eine Versendung voraussetzt.

18) Vangerow, Leitfaden Bd. III S. 442 und die dort citirten Schriftsteller.

sein können, und zwar sowohl das Metall- als das Papiergeld. Natürlich nur dann, wenn bei ihm das bereits obenerwähnte Moment zutrifft, daß es nicht des Gebrauchswerthes wegen, sondern als Tauschwerth in Betracht kommt, wenn es also nicht in der Funktion als Summe, sondern als mit einer Summe bezahltes Objekt gehandelt wird[19]).

Es genügt, daß eine zu einem Handelskauf fähige bewegliche Sache vorliegt, einerlei, ob der Kauf die Eigenschaft eines Handelsgeschäftes für beide, bezüglich für sämmtliche Kontrahenten oder nur für einen derselben hat[20]). Also gehören hieher im Allgemeinen die in Art. 271 Ziff. 1 u. 2 und in Art. 273 des A. D. HGB. aufgeführten Geschäfte[21]), wobei indessen in Betreff des letzteren Artikels zu berücksichtigen ist, daß die Anschaffung von Geräthen, Material u. s. w. zur Benützung im Handelsgewerbe unter §. 36 deswegen nicht subsumirt werden kann, weil hier keine „Waare" in Frage steht. Dagegen glaube ich, daß der Wortlaut des §. 36 auch eine Erweiterung seiner Anwendung über die strikten Handelsgeschäfte hinaus dann gebietet, wenn, ohne daß ein solches vorliegt, dennoch das Objekt des Kaufes sich (der obigen Definition nach) als „Waare" darstellt. Wenn also z. B. der Nichtkaufmann A zum eigenen Gebrauche von dem Oekonomen B eine Anzahl von Klaftern Holz erwirbt und sich zusenden läßt[22]), so würde im Fall einer Vergantung des A unter den in §. 36 bestimmten Voraussetzungen B allerdings sein Rückforderungsrecht geltend machen können[23]).

d. (von einem anderen Orte).

Nicht auf jeden Handelskauf findet der §. 36 seine Anwendung; er ist nicht anwendbar (sagen die Motive) auf Platzgeschäfte. Indessen ist zu beachten, daß man als Platzhandel die Geschäfte bezeichnet, bei welchen der Abschluß unter Gegenwärtigen geschieht[24]), oder welche am Platze befind-

---

19) Ich lasse mir z. B. von Paris um 10,000 Mark Napoleons oder von Wien um 20,000 Mark Banknoten schicken.

20) Es muß insbesondere nicht ein Geschäft zwischen Kaufleuten sein.

21) Vgl. Anschütz und Völderndorff, Kommentar Bd. III S. 4 ff.

22) Da keiner der Kontrahenten Kaufmann ist, eine Anschaffung im Sinne des Art. 271 Ziff. 1 des A. D. HGB. auf Seite des B und die Absicht der Weiterveräußerung auf Seite des A nicht vorliegt, so ist dieser Kauf kein Handelsgeschäft, bleibt aber doch ein „Handelskauf" im weiteren Sinne.

23) Uebereinstimmend mit obiger Auffassung ist Fitting S. 200 Note 8. Meisner S. 163 Note 8. Petersen S. 186. v. Wilmowski S. 210. Dagegen schränken v. Sarwey S. (212) 250; Stieglitz S. 209 u. Wengler S. 265 die Anwendbarkeit des §. 36 auf „handelsgeschäftliche Kaufverträge" ein.

24) Z. B. Thöl, Handelsrecht Bd. I S. 883.

liche Waaren zum Gegenstande haben[25]). Diese Definitionen sind für §. 36 nicht verwendbar, vielmehr ist hier nur der Fall ausgeschlossen, „daß zufolge des Vertrages die Waare an Ort und Stelle dem Käufer oder einem Vertreter desselben übergeben werden sollte", daß also die Waare sich mit den Kontrahenten an demselben Orte befindet und zu liefern ist. Ob nach der Uebergabe das Objekt am Orte verbleibt, oder an einen anderen Platz transportirt wird oder werden soll, ist eben so irrelevant, als der Umstand, ob der Vertrag unter Gegenwärtigen oder Abwesenden erfolgt. Z. B. A in Berlin schließt brieflich mit B in Stettin über 1000 Centner Weizen zu 10 Mk. ab, lieferbar in 4 Wochen in Stettin an Agenten C, welcher in Folge Auftrages des A den Weizen sofort nach Empfang nach St. Petersburg abgehen läßt. Hier kann, wenn A in Konkurs kommt, B die Waare nicht anhalten. Wohl aber, wenn z. B. A mit B bei dessen Anwesenheit das Geschäft über die gleiche Waare zu demselben Preis, aber lieferbar in 4 Wochen in Berlin, abschließt und nun von B die bei der Eröffnung des Konkurses über A noch auf der Eisenbahn lagernde Sendung angehalten wird.

Demnach findet der §. 36 Anwendung nur auf den Fall[26]), daß die Waare nach dem Inhalt des Kaufgeschäftes dem Käufer von einem anderen Orte übersendet werden sollte, aber auf diesen Fall ohne Unterschied, ob der Wohn- oder Geschäftsort des Verkäufers oder der Ort, an dem die Sache sich befand, oder der Ort, wohin der Transport geschieht, für die Verbindlichkeit des Käufers als Ort der Erfüllung gilt, — ohne Unterschied, ob der Verkäufer zufolge eigener Verpflichtung oder zufolge ausdrücklichen, stillschweigenden oder gesetzlichen[27]) Auftrages des Käufers die Sache dem Spediteur, Frachtführer, Schiffer oder der den Transport sonst bewirkenden Person übergeben hat, — ohne Unterschied, ob der Transport auf Gefahr oder auf Kosten des Verkäufers oder des Käufers erfolgt[28]), — und ohne Unterschied, ob der Verkäufer des Gemeinschuldners selbst die Waare abgesandt hat, oder ein Rechtsvorgänger, ein Verkäufer des Ersteren[29]).

e. (an den Gemeinschuldner abgesendet).

Diese Worte müssen gelesen werden: „sogar wenn sie an den Gemeinschuldner abgesendet sind." Denn das Aussonderungsrecht greift um so mehr

25) Z. B. Brinckmann, Handelsrecht §. 71 Note 2.

26) Das Folgende ist den Motiven entnommen.

27) Erk. des ROHG. v. 6. Febr. 1874 Bd. XII S. 391.

28) Vgl. Art. 324, 342, 344, 345 des A. D. HGB.

29) Vgl. oben lit. b und unten lit. e; natürlich hat in diesem Falle nicht der Rechtsvorgänger, sondern immer nur der unmittelbare Verkäufer das Recht der Stoppage.

Platz, wenn der Verkäufer oder Einkaufskommissär die Waaren nicht abgesendet, sondern noch in Händen hat [30]).

Wer absendet, ist einerlei [31]); wenn z. B. die in München wohnenden Kaufleute A und B über 100 Faß Petroleum einen Kauf schließen, A schreibt seinem Agenten C in Mannheim, er solle für seine Rechnung 100 Faß kaufen und an B schicken, so hat A, wenn B in Konkurs geräth, das Recht des §. 36. An wen abgesendet wird dagegen, ist nicht einerlei; hat der Verkäufer in Folge Auftrages des Käufers an einen Dritten [32]) die Waare abgehen lassen, so kann er — wenn der Käufer in Konkurs kommt — die Aussonderung nicht mehr geltend machen. Vgl. oben lit. b in fine.

f. (noch nicht vollständig bezahlt sind).

I. Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob auf baar oder auf Krebit gehandelt war. Das Verfolgungsrecht ist nicht blos wegen Säumniß des Käufers, sondern einfach wegen Unbezahltsein des Kaufpreises gegeben. Ein kreditirter Preis bleibt aber immer ein „nichtbezahlter". Das Gesetz stellt aber ferner das Verfolgungsrecht nicht auf das „Gedecktsein" des Käufers. Wenn derselbe eine kompensable Gegenforderung hat, wird er in der Regel keinen Anlaß haben, sein Verfolgungsrecht auszuüben, aber gehindert ist er daran nicht [33]), — daß ein Kaufmann den andern für den Preis „belastet", gilt nicht als Zahlung. Auch wenn Käufer und Verkäufer in Contocorrent stehen, ist dies der Fall. Der Umstand, daß etwa durch die Belastung mit dem Kaufpreise der bisherige Passivsaldo des Verkäufers ausgeglichen wird, mag — da dieser nunmehr gedeckt ist — für ihn den Anlaß zur Ausübung des Verfolgungsrechtes beseitigen, das Recht selbst ist auch in diesem Falle dem Verkäufer nach dem Wortlaute des §. 36 nicht entzogen [34]).

Zu erwähnen kommt hier noch der Fall, daß für die Waare Wechsel gegeben wurden, sei es eigene oder Accepte, oder daß der Käufer auf sich

30) Wo nach dem betreffenden Recht durch den Kauf das Eigenthum nicht übergegangen ist, versteht sich dies allerdings von selbst; allein wenn das Geschäft z. B. nach französischer Regel sofort den Käufer zum Eigenthümer macht, könnte man bei einer lediglich den Wortlaut berücksichtigenden Auslegung das „Abgesendethaben" als Voraussetzung denken wollen.

31) Es heißt im Gesetze nicht: „welche er absendet."

32) Natürlich vorausgesetzt, daß dieser Dritte nicht blos ein Stellvertreter oder Bevollmächtigter des Käufers, sondern Käufer des Käufers ist.

33) Auch wo der Satz gilt: compensatio fit ipso jure, ist zwar eine Tilgung der Forderung, nicht aber eine Zahlung des Preises vorhanden, und der §. 36 spricht eben einmal nur von der Bezahlung.

34) Die französische Praxis ist anderer Ansicht, vgl. die oben citirte Abhandlung Oetkers S. 19 Note 3.

ziehen ließ. Nach meiner Ansicht ist anzunehmen[35]), daß dieser Umstand das Rückforderungsrecht nicht ausschließt[36]). Es hängt dies mit dem außer dem Bereiche des Konkursrechtes liegenden und daher nicht weiter zu erörternden Grundsatze zusammen, daß der Wechsel kein Papiergeld ist und nach kaufmännischer Anschauung nicht schon für sich selbst die Zahlung vertritt[37]), vielmehr stets nur mit dem stillschweigenden Vorbehalt richtigen Eingangs als Deckung erachtet und vorgetragen wird[38]).

II. Ist der Kaufpreis bezahlt, so hat der Verkäufer aus dem Geschäfte selbst keinen Grund mehr und daher kein Recht, die Waaren zurückzuhalten. Andere Forderungen, die der Käufer etwa unberichtigt gelassen hat, geben dem Verkäufer die Befugniß des §. 36 nicht. Dies ist wichtig in Bezug auf das Retentionsrecht, welches nach §. 41 Ziff. 8 zur Absonderung berechtigt. Der Fall ist folgender: Kaufmann C. Anzer in München bezieht von Kaufmann Bender in Nürnberg, welchem er aus einem früheren Geschäfte noch 1000 Mark schuldet, neuerdings Waaren um 800 Mark und zwar letztere gegen Zahlung durch seinen in Nürnberg domizilirenden Bruder D. Anzer. Alsbald nachdem Bender die bestellten und bezahlten Waaren abgeschickt, erhält er ein Telegramm aus München, wonach C. Anzer fallirt habe. Er läßt darauf in München bei Spediteur Flosser die an ihn behufs Uebermittlung an C. Anzer adressirten Waaren anhalten und will dieselben nun für seine frühere Forderung retiniren. Kann er dies? Nach §. 36 der KO. jedenfalls nicht[39]); denn dieser verlangt, daß diejenige Waare, welche angehalten werden soll, unbezahlt sei, nicht irgend eine andere. Es genügt indessen, wenn auch nur der geringste Theil des Preises im Rückstande ist, und es macht insbesondere auch keinen Unterschied, ob auf baar oder auf Kredit gekauft ward.

III. Da nach Art. 376 Abs. 2 des A. D. HGB. der Einkaufskommissionär als Selbst-Verkäufer den Börsen- oder Marktpreis nebst der gewöhnlichen Provision und seiner Spesen verrechnen darf, so muß, um das Verfolgungsrecht bei ihm auszuschließen, dies Alles bezahlt sein. War der Einkaufs-

35) Ebenso v. Wilmowski S. 211.

36) Nur muß natürlich der Wechsel der Masse zurückgestellt werden.

37) Soferne ausnahmsweise der Wechsel effektiv an Zahlungsstatt ausdrücklich angenommen worden wäre, würde die Anwendbarkeit des §. 36 allerdings ausgeschlossen sein. Vgl. die Erk. des Stuttgarter Obertribunals in Seuffert's Archiv Bd. 21 S. 198 ff. und die daselbst gegebenen Erörterungen.

38) Vgl. Völdernndorff's Sammlung handelsger. Entscheidungen (Erlangen, bei Palm u. Enke, 1865) Bd. I S. 44.

39) Ob auf Grund des Art. 313 (Abs. 1 am Ende) des A. D. HGB., weil er noch „in der Lage war, darüber zu verfügen", soll hier nicht erörtert werden.

kommissionär nicht Selbstverkäufer, so muß nicht blos der an den dritten Kontrahenten von ihm gezahlte oder etwa noch geschuldete Preis, sondern ebenso auch Provision und Spesen gezahlt sein. Die Zahlung des Kaufpreises Seitens des Gemeinschuldners an den dritten Kontrahenten schließt also das Verfolgungsrecht für den Einkaufskommissionär begrifflich nicht aus[40]); noch weniger natürlich blos Uebernahme der Schuld durch den Kommittenten[41]).

g. (zurückfordern).

I. Und zwar sowohl theilweise wie im Ganzen[42]); das Gesetz schränkt die Aussonderung oder Rückforderung nicht auf denjenigen Werth ein, der durch den bezahlten Kaufpreis nicht gedeckt ist. Gesetzt z. B., das Geschäft betraf 1000 Centner Weizen à 20 Mark, wovon 10,000 Mark bezahlt sind; der Käufer kommt in Konkurs zu einer Zeit, wo der Weizen noch unterwegs ist. Hier hält der Verkäufer die ganze Sendung an, nicht blos die eine Hälfte. Es frägt sich aber nun: wie steht es in solchem Falle mit dem Retentionsrechte auf die freie Hälfte wegen anderer Forderungen, die dem Verkäufer oder Einkaufskommissionär gegen den Gemeinschuldner zustehen? Ich glaube, das Retentionsrecht ist vollkommen begründet; denn da durch das in §. 36 der KO. eingeräumte Recht, die Waare anzuhalten, dem Verkäufer oder Kommissionär offenbar ein Verfügungsrecht über dieselbe zugestanden wird und er durch Ausübung dieses Rechtes die Waare wieder in seine Gewalt bekommen hat, so ist die Voraussetzung des Art. 313 des A. D. HGB. gegeben[43]).

II. Die Rückforderung richtet sich selbstverständlich gegen den Konkursverwalter; dieser hat nach §. 15 der KO. die Entscheidung, ob er die Waare zurückstellen oder ob er das Geschäft für die Masse aufrecht halten will. Neben dieser rechtlichen „Rückforderung" kommt nun aber natürlich das fak-

---

40) Da dem Kommissionär für Provision und Spesen ein Absonderungsrecht zusteht, fehlt allerdings für ihn der Anlaß zur Ausübung des Verfolgungsrechtes.

41) Denn nach Art. 360 Abs. 2 des A. D. HGB. haftet dem Dritten immer noch der Kommissionär. Nimmt der Dritte den Kommittenten als Schuldner an statt des Kommissionärs und wird letzterer vollständig aus der Haftung entlassen, so ist er eben nicht mehr „Einkaufskommissionär" und hat dann allerdings kein Verfolgungsrecht mehr.

42) Wenn er nur mehr einen Theil der Waare anhalten kann, so hindert dies die Ausübung des Rechtes auf diesen Theil natürlich nicht.

43) Daß der Absender, wenn er durch Ausübung des Rückforderungsrechtes nicht vollständig gedeckt wird, sich an seinen Bürgen halten kann, bedarf kaum der Erwähnung, vgl. Erk. des ROHG. v. 16. Juni 1876 in der Sammlung Bd. 20 S. 313 (Nr. 97).

tische „Anhalten der Waare" in Betracht, welches verhindern soll, daß der Gemeinschuldner sich in den Besitz des Objektes setze und damit das Rückforderungsrecht illusorisch mache. Dieses Anhalten der Waare [44]) erfolgt durch Anweisung an den Spediteur, den Frachtführer, die Eisenbahn u. s. w. und es hängt also die Frage, ob diese Anweisung befolgt werden muß oder nicht, von dem Rechtsverhältnisse ab, in welchem der Verkäufer zum Transportirenden steht. Muß dieser nicht schon vermöge des bestehenden Verhältnisses der Anweisung Folge leisten, so ist es Sache des Absenders, einen Arrest zu erwirken.

h. (schon vor der Eröffnung des Verfahrens).

Als der hier gemeinte Zeitpunkt erscheint der Moment des Beschlusses auf Eröffnung des Konkurses. Ein vorheriges „Verfahren" entscheidet nicht, z. B. vorherige Verhandlungen des späteren Gemeinschuldners über ein Arrangement, die bloße Einreichung einer Insolvenzerklärung u. dgl. sind nicht genügend, um auf das Recht Einfluß zu üben [45]).

i. (gelangt sind).

Das Gesetz bestimmt zwei zusammentreffende Momente als Grenze des in §. 36 gewährten Aussonderungsrechtes. Die Waare muß am Ablieferungsorte angekommen, sie muß aber außerdem noch in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangt sein. Das erste Moment erscheint nicht leicht als zweifelhaft; „Ort der Ablieferung" ist jener, an welchem die Abholung Seitens des Adressaten zu erfolgen hat, gesetzt auch, die geographische Bezeichnung wäre eine verschiedene. Wenn also auch z. B. eine Waare Bahn restante an den Bahnhof in Haidhausen adressirt ist, so muß doch, sobald sie dahin gelangte, der Ablieferungsort als erreicht erachtet werden, wenn gleich eigentlich „loco München" zu liefern war. Ausgeschlossen aber ist durch die Aufnahme dieses Momentes in §. 36 der KO. die Möglichkeit, daß der Gemeinschuldner der Sendung entgegenreist und sie an einem anderen

---

44) Ein früheres „Anhalten" durch den Besteller bewirkt indessen nicht, daß der Transport rücksichtlich des Verfolgungsrechtes als beendet und also dieses als ausgeschlossen anzusehen wäre. Der Transport gilt erst dann als beendet, wenn der Besteller oder ein Vertreter desselben die Waare als eine „nicht mehr in Transport begriffene" entgegennimmt. Vgl. das Erk. des ROHG. v. 19. Jan. 1877 (Entsch. Bd. XXII S. 68). In dem Erk. vom 7. Febr. 1879 (Entsch. Bd. XXIV S. 352) hat das ROHG. entschieden, daß selbst wenn die Waare bereits in die Hände des generellen Platzspediteurs des Bestellers gelangt ist, bennoch der transitus solange nicht beendet ist, bis dieser solche in das Waarenlager des Bestellers abgerollt hat.

45) Ein Antrag des Abg. Dr. Frankenburger (K.-Prt. S. 32 fg.), in dieser Richtung eine Erweiterung eintreten zu lassen, wurde abgelehnt.

Orte in Gewahrsam nimmt oder nehmen läßt. Gesetzt, der Kaufmann A in München telegraphirt einem Freunde in Nürnberg, er solle schleunigst die via Nürnberg von dem Fabrikanten B in Zwickau an ihn nach München abgesandten Waaren sich aushändigen lassen und in Verwahr nehmen; dies geschieht und einige Tage später bricht über A der Konkurs aus; durch das Anhalten der Waare in Nürnberg hat B sein Recht nicht verloren.

Das zweite Moment ist „das Gelangen in den Gewahrsam". Die Pr. KO. hatte im Anschlusse an den Art. 577 des Code de Commerce den Endpunkt des droit de suite dahin fixirt, daß die Waare noch nicht abgeliefert sein dürfe „in das Waarenlager oder einen anderen Aufbewahrungsort des Gemeinschuldners oder eines Dritten, welcher den Auftrag hat, sie zur Verfügung des Gemeinschuldners zu halten." Allein mit Recht hat die KO. von einem lokalen Beisatze Umgang genommen; wie die Motive erklären, hat man absichtlich „das juristisch-technische Wort Gewahrsam" gewählt, und es ist der Ausdruck in derjenigen Bedeutung gebraucht, welche als die im Deutschen allgemein übliche erscheint[46]), als Bezeichnung der thatsächlichen Innehabung. Entscheidend ist daher nur der Zeitpunkt, in welchem der Käufer die thatsächliche Innehabung der Waare erlangt, und nicht der rechtlich hievon verschiedene Zeitpunkt der Vollendung des Traditionsaktes. Wo (am Ablieferungsorte) und wie diese Innehabung erlangt wird, ist gleichgültig; ob die Waare vom Adressaten selbst an sich genommen oder sofort von ihm einem Verkaufskommissionär, einem Spediteur, einem Pfandgläubiger oder sonst einem Dritten zu Handen gestellt wird, macht keinen Unterschied. (Motive.) Dagegen wird das Rückforderungsrecht nicht ausgeschlossen sein, wenn der Käufer die Waare ausdrücklich nur als Stellvertreter des Verkäufers anzunehmen erklärt, z. B. wenn er dem Transportführer den Empfang des Frachtgutes verweigert und dasselbe nicht als der im Frachtbriefe bezeichnete Empfänger, sondern nur für Rechnung und Gefahr des Absenders in Verwahr nimmt[47]). Ferner darf immer das oben erwähnte erste Moment (An-

---

46) Preuß. LR. Th. I Tit. 7 §. 1 und 2. Sächsisches Gesetzbuch §§. 186. 213. Oesterr. Gesetzbuch §. 309.

47) Nach einem Erk. des RG. v. 12. März 1883 (Entscheid. Bd. VIII S. 86) endigt sich das Zurückforderungsrecht selbst dann, wenn der Empfänger die Waare zur Disposition stellt, weil für die Erlangung des Gewahrsams, soweit es hiebei auf das Bewußtsein und den Willen des Inhabers ankommt, jedenfalls keine andere Absicht desselben erforderlich ist, als diejenige, die Sache thatsächlich seiner Macht zu unterwerfen, wogegen es für den Erwerb des Gewahrsams gleichgiltig ist, ob der Inhaber die Sache als eigene oder fremde innehaben will. Den im Texte aufgestellten Satz läßt dieses Erkenntniß unentschieden.

kunft am Ablieferungsorte) nicht außer Acht gelassen werden. An sich nämlich könnte man daran denken, daß, nachdem (zufolge des Art. 649 des A. D. HGB.) die Uebergabe eines an Ordre lautenden Konossements (oder Ladescheines) unter Umständen der Uebergabe des Gutes selbst gleich steht, der Fuhrmann, die Eisenbahn, die Post, der Schiffer, der Spediteur, oder wer sonst den Transport der Waare leitet, den Gewahrsam bereits für den Käufer (den Gemeinschuldner) ausübe und also dies schon bewirke, daß die Waaren in den Gewahrsam einer anderen Person für den Gemeinschuldner gelangt sind. Allein da in solchem Falle das andere von §. 36 der KO. aufgestellte Moment, daß die Waare zugleich bereits am Ablieferungsorte angekommen sein müsse, fehlt, so kann ein Zweifel nicht bestehen, daß die Rückforderung auch dann zulässig sei, wenn ein auf Ordre lautendes Konossement oder ein solcher Ladeschein während des Transportes vom Adressaten an eine andere Person ausgehändigt worden wäre.

Das Gesetz setzt außer den beiden obigen Momenten ein weiteres nicht voraus, insbesondere nicht[48]), daß die übersandte Waare in Natur und Beschaffenheit keine Veränderung[49]) erlitten habe, oder daß noch die ursprüngliche Verpackung ungeöffnet, die Stricke nicht abgemacht, die Zeichen nicht verändert sind. Nur muß natürlich die Identität der Waaren feststehen. In dieser Hinsicht wird freilich die Praxis viele Schwierigkeiten finden, namentlich da die Lehre des Gemeinen Rechts über Identität des Traditionsobjektes von jeher sehr kontrovers gewesen ist[50]). Wenn z. B. der vom Weinbauern Traube in Deidesheim an Weinwirth Schmierer in München übersandte Wein inzwischen zu Essig geworden ist, so läßt sich zweifeln, ob hier noch die von Traube abgeschickte Waare vorliegt[51]). Meistentheils freilich wird eine Veränderung der Waare, welche die Identität schwankend macht, zugleich darthun, daß dieselbe bereits aus dem Gewahrsam des Absenders entnommen war. Wenn überschickte Felle zu Leder[52]) verarbeitet worden sind, so kann dies doch wohl nicht geschehen sein, ohne daß der Adressat oder ein Anderer für ihn solche vorher an sich genommen hat. Insofern also ist die Identitätsfrage in Wahrheit nicht so wichtig, als sie scheint.

---

48) Wie es der Code de Commerce in Art. 580 verlangt.

49) Es wäre denn, daß dadurch die Waare zu einer neuen Sache geworden, vgl. Oetker a. a. O. S. 18.

50) Vgl. Puchta, Pandekten §. 148; Vangerow, Leitfaden Bd. I §. 311 Note 3. Windscheid, Pandekten.

51) Hier wird es denn doch wohl auf die wenn auch unwissenschaftlichen, aber höchst praktischen Momente des Art. 580 des Code de Commerce ankommen, vgl. Note 48.

52) Die beiden Beispiele sind aus den Motiven.

k. (die Bestimmungen des §. 15 finden Anwendung).

I. Der Wortlaut des ersten Absatzes des vorstehenden Paragraphen scheint durch das: „kann", welches sich auf den „Verkäufer oder Einkaufskommissionär" bezieht, die Auflösung des Geschäftes in die Willkür dieser Personen zu stellen; deshalb ist der zweite Absatz beigefügt, welcher die Wahl wie bei allen zweiseitigen noch unerfüllten Geschäften dem Konkursverwalter einräumt. Sonach liegt, wie die Motive noch ausdrücklich bemerken, dem §. 36 der KO. nicht der Gedanke zu Grunde, daß das Rückforderungsrecht, welches in demselben dem Verkäufer oder Einkaufskommissär eingeräumt ist, eine Auflösung des abgeschlossenen Geschäftes selbst in sich schließe, sondern dieses Recht soll nur den Eigenthumsübergang rückgängig machen nnd den aufgegebenen Besitz dem Absender wieder verschaffen[53]). Im Uebrigen bleibt es bei den allgemeinen Bestimmungen über unerfüllte Geschäfte; gültige Verträge werden durch die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht aufgehoben, und es steht daher dem Verwalter frei, den Vertrag zu erfüllen und die Gegenleistung aus der Masse zu leisten oder aber vom Vertrage abzugehen, worauf dann der Gegenkontrahent sein Eigenthum zurücknimmt und ebenfalls seinen Schaden wegen Nichterfüllung liquidiren kann[54]).

Zu bemerken wäre noch, daß auch hinsichtlich der Pflicht zur Kostentragung nichts Besonderes bestimmt ist[55]). Da der Verkäufer die Kosten veranlaßt, so hat er sie natürlich auch zu tragen. Gesetzt der Kaufmann A schickt von Bremen 50 Centner Javakaffee an Hrn. B in Nürnberg; ehe die Waare hier ankommt, telegraphirt A, man solle sie wegen über B ausgebrochenen Konkurses diesem nicht mehr aushändigen. Löst nun der Konkursverwalter den Vertrag auf und die Waare geht an A zurück, so ist klar,

---

53) Der §. 36 ist sonach eine Ausnahme von §. 21 der KO. Denn nach diesem würde der Verkäufer, soferne er nicht auf Grund gesetzlichen oder auf Grund vertragsmäßigen Vorbehaltes Eigenthümer der Waare geblieben ist, die von ihm geleistete Erfüllung nicht rückgängig machen können, sondern müßte sich mit einer Konkursforderung auf Entschädigung begnügen. Hievon macht nun der §. 36 die Ausnahme, daß der Verkäufer — einem Vindikationsberechtigten gleich — stets befugt sein soll, die Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigenthum nicht aufgegeben hätte. (Motive.)

54) Vgl. oben S. 189 ff.

55) Wie dies in Art. 579 des Code de Commerce und in §. 3 Nr. 3 der Bayr. PO. geschieht. In der letzteren Bestimmung ist sogar der Ausschluß jeden Ersatzanspruches ausgesprochen.

daß die Eisenbahn die Waare nicht ausfolgt, wenn sie nicht für ihre Fracht und sonstige auf der Waare liegende Spesen[56]) gedeckt wird[57]); in den Konkurs läßt sie sich nicht verweisen, also muß A die Kosten zahlen[58]). Daß er dann solche im Konkurs liquidiren kann, wird nicht zu bestreiten sein; denn sie gehören zum Schaden, den er in Folge der Nichterfüllung des Vertrages erlitten. Anderseits wenn der Verwalter die Erfüllung wählt, so bleibt es auch hinsichtlich der Kosten beim Vertrage; war nach diesem nicht franko zu liefern, so muß die Masse Fracht, Spedition, Auslagen und Abgaben zahlen. Höchstens könnte man hier fragen, wer die Kosten zu zahlen habe, welche das Anhalten der Waare speziell verursacht hat, und hier möchte ich annehmen, daß diese dem Verkäufer zur Last fallen.

II. Wie verhält es sich nun mit der Stellung Dritter? Der Code de Commerce (Art. 578) schließt das Revindikationsrecht aus, „si avant leur arrivée les marchandises ont été vendues sans fraude sur facture et connaissements ou lettres de voiture.“ Die gleiche Vorschrift enthielt die Pr. KO. in §. 27. Die Motive machen mit Recht darauf aufmerksam, daß diese Bestimmungen auf der Auffassung beruhen, die Ausantwortung eines indossirten Konossements oder Frachtbriefes an den Erwerber nehme die Stelle einer wirklichen Uebergabe des Gutes ein; da aber jetzt nach Inhalt des A. D. HGB.[59]) diese Auffassung verlassen sei, könne es keine konkursrechtliche Frage mehr bilden, sondern werde lediglich nach dem Civilrechte zu entscheiden sein, in wie weit die von einem Dritten erworbenen Eigenthums- oder Pfandrechte dem Rückforderungsrechte des Verkäufers gegenüber n Kraft bleiben[60]). Es ist nun aber vor Allem zu unterscheiden, von wem

---

56) Ebenso die Zollbehörde in Bezug auf oben zu entrichtende Abgaben.

57) Daß auch der Zwischenmann oder wer sonst für die Waaren Auslagen gemacht, sich an A, der ja Eigenthümer bleibt, halten kann, folgt eben aus dessen Eigenthume.

58) Nämlich auch dann, wenn die Waare auf Kosten des Käufers gelaufen war.

59) Vgl. oben lit. a.

60) Das Erkenntniß des Reichsgerichts vom 29. Februar 1883 (Entsch. Bd. VIII S. 45) sagt Folgendes. Das Recht der Rückforderung kann naturgemäß nur dem Adressaten gegenüber wirksam sein. Bezüglich der etwa in der Zwischenzeit vorgenommenen rechtlichen Veränderungen, insbesondere bezüglich derjenigen Rechte, welche dritten Personen nach Absendung der Waare an denselben konstituirt sind, bleiben die Normen des Art. 306 und 307 des A. D. HGB. und derjenigen Bestimmungen der Landesrechte in Geltung, welche zum Schutze solcher Personen gegeben sind, die in gutem Glauben und auf Grund lästigen Titels den Besitz beweglicher Sachen zu Eigenthum, Pfand oder sonst der-

der Dritte sein Recht erworben hat. War es der Konkursverwalter, welcher die noch schwimmende oder fahrende Waare[61]) an einen Andern verkauft oder verpfändet hat, so erledigt sich die Frage einfach dahin, daß darin schon eine Erklärung des Verwalters gelegen erscheint, er wolle Namens der Masse das Geschäft erfüllt wissen. Der Verkäufer hat daher überhaupt kein Rückforderungsrecht, sondern muß nach §. 15 der KO. beim Geschäfte bleiben; er ist dann aber auch kein Konkurs-, sondern ein Massa-Gläubiger und die Rechte des Dritten berühren ihn nicht. Hat dagegen der Gemeinschuldner selbst über die Sache verfügt, so hängt es davon ab, ob er bereits in Besitz getreten war oder nicht. Ersteren Falles ist ohnehin das Rückforderungsrecht ausgeschlossen und ebenso, wenn der Dritte (ohne daß der Gemeinschuldner selbst vorher die angekommene Waare in Gewahrsam hatte) auf Grund seines Geschäftes mit dem Gemeinschuldner die Sache an sich genommen hat; denn in diesem Falle besitzt er meines Erachtens jedenfalls „für den Gemeinschuldner[62]).“ War aber die Waare noch nicht an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam sei es des Gemeinschuldners oder des Dritten gelangt, der Gemeinschuldner hatte aber bereits die Waare weiter veräußert oder verpfändet, oder aber war dem Gemeinschuldner bereits die Ausübung des Rückforderungsrechtes bekannt, als er weiter verfügte, — in welchen Fällen allein nach meiner Ansicht die

---

gleichen Rechte in rechtswirksamer Form von einer zwar anscheinend, indessen nicht in Wirklichkeit zur Konstituirung des Rechts befugten Person erworben haben.

61) Oder die zwar angekommene, aber vom Gemeinschuldner erst nach Ausübung des Rückforderungsrechtes Seitens des Absenders in Gewahrsam genommene Waare.

62) Die Motive (z. II. E. S. 171) sagen hiegegen Folgendes: „Befindet sich die Waare in der Konkursmasse, besitzt sie der Gemeinschuldner oder ein Dritter für ihn, so kann die Rückforderung gegen den Konkursverwalter nicht durch ein von dem Gemeinschuldner oder gar von dem Konkursverwalter an den Dritten erfolgten Weiterveräußerung ausgeschlossen werden; der Verwalter wird vielleicht durch seine Gewährspflicht oder durch die Interesseforderung des Dritten sich bestimmen lassen, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen und dadurch die Rückforderung zu beseitigen; sonst aber muß er die Waare dem Verkäufer herausgeben und es dem Dritten überlassen, ob dieser (etwa auf Grund der Transporturkunden) Eigenthumsrechte gegen den Verkäufer geltend machen kann. Andernfalls wenn der Dritte schon im Besitze der Waaren sich befindet, ist es Sache des Verkäufers, seine Vindikation gegen diesen zu richten.“ Die Motive citiren hiebei die Erk. des ROHG. in Bd. 6 S. 299 ff., Bd. 10 S. 71 ff. u. Bd. 12 S. 396 ff.

Frage des Rückforderungsrechtes gegenüber der Rechte des Dritten auftauchen kann — so kommt es lediglich darauf an, wie weit nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen der Erwerber, sei es überhaupt, sei es falls er in gutem Glauben war, im Eigenthum oder Pfandrechte geschützt wird, obwohl sein Auktor, derjenige, der an ihn verkauft oder verpfändet hat, Nichteigenthümer war. Hier wird nun bei der ersten Alternative (daß über die schwimmende oder fahrende Waare verfügt war), da unter dieser Voraussetzung der Dritte den Besitz nicht erlangt hat, das Rückforderungsrecht in der Regel Platz greifen[63]). Anders bei der zweiten Alternative. War freilich dem Erwerber die Sachlage bekannt, so wird er als particeps fraudis nicht aufkommen. War er aber im guten Glauben, so wird er in den meisten Fällen geschützt sein und dem Absender nur die Entschädigungsforderung im Konkurse erübrigen[64]).

---

§. 37.

Ansprüche einer Ehefrau.

Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, daß dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind.

I. E. §§. 42–45; II. E. §. 37; Pr H. G. Art. 744 ff.; Pr. KO. §§. 88–94; B. Pr.-Ordnung §. 3 N. 4, §. 23 N. 3, §. 27 N. 1 und §. 30.

I. Die Rechte der Ehefrau im Konkurse ihres Ehemannes haben bisher einen der wichtigsten und in der Regel schwierigsten Theile des Konkursrechtes gebildet, während der vorstehende kurze Paragraph das Einzige ist, was die neue Konkursordnung darüber enthält. Demohngeachtet wird es für den

---

63) Ueber die Frage, in wie weit der vom Gemeinschuldner bestimmte Spediteur ohngeachtet des geltend gemachten Rückforderungsrechtes ein Retentionsrecht an der Waare hat, sind zu vergleichen die Erk. des ROHG. vom 7. Juni 1872 (Bd. VI. S. 298), 9. Mai 1873 (Bd. X. S. 70), 6. Februar 1874 (Bd. XII. S. 394).

64) Bei den Berathungen wurde zwar angeregt, daß eine ausdrückliche Regelung der oben erörterten Frage nöthig sei, jedoch da sich der Reg.-Vertreter im Sinne der Motive dagegen aussprach, ein bestimmter Antrag nicht gestellt. Vgl. K. Prt. S. 33 und 34. Vgl. auch Hullmann S. 165 ff., v. Wilmowski S. 213.

praktischen Gebrauch nicht zu umgehen sein, die gesammte Stellung der Ehefrau im Verhältniß zu den Gläubigern ihres Mannes umfassend zu erörtern, wenn auch nicht nöthig sein dürfte, näher auf die bisherigen Detailbestimmungen, soweit sie derogirt sind, einzugehen.

Man kann nun die Bestimmungen, welche sich in der bezeichneten Materie in den verschiedenen Gesetzgebungen vorfinden, im Allgemeinen in zwei Kategorien theilen; die einen Vorschriften betreffen den Anspruch der Ehefrau darauf, was sie aus der in Folge des ehelichen Lebens entstandenen physischen Gemeinsamkeit des Besitzes als ihr eigenthümlich herausnehmen, beziehungsweise aus der Konkursmasse aussondern dürfe; die andere Gruppe von Bestimmungen bezieht sich auf die Stellung der Ehefrau in Betreff desjenigen ursprünglich ihr gehörigen Vermögens, welches in Folge der eheherrlichen Rechte entweder in das Eigenthum oder wenigstens in die Verwaltung des Ehemannes übergegangen war.

Während nun in beiden Richtungen die Gesetzgebungen eine bunte Reihe der heterogensten Systeme aufgestellt haben[1]), bald die Ehefrau in jeder Hinsicht begünstigten, bald sie vollständig hinter die Gläubiger zurückstellten, hat die Konkursordnung sich der höchsten Einfachheit zugewendet und mit dem ganzen bisherigen Zustande gründlich gebrochen. Alle jene partikularrechtlichen Vorschriften beruhen nämlich auf der Ansicht, daß die Frau, eben weil sie Ehefrau ist, auch in vermögensrechtlicher Beziehung vom Schicksale ihres Mannes mit betroffen werden muß[2]). Davon will das gegenwärtige Gesetz Nichts wissen. Die Ehefrau erscheint von nun an im Konkurse als völlig abgelöst vom ehelichen Verhältnisse; sie ist konkursrechtlich so zu behandeln, als wäre sie mit ihrem Manne nicht verheirathet. Sie steht in Bezug auf Vindikationsrecht jedem anderen Eigenthümer und in Bezug auf ihre Forderungen jedem anderen Gläubiger gleich; sie hat kein Aussonderungsrecht als Ehefrau und sie hat kein Vorrecht als Ehefrau; sie hat aber auch den übrigen Gläubigern gegenüber blos deshalb, weil sie Ehefrau ist, keine schlechtere Stellung. Alle bisherigen Privilegien und Vorzugsrechte, aber auch alle Zurücksetzungen sind aufgehoben.

II. Als Regel muß man demnach von dem Satze ausgehen: die Ehefrau ist befugt, dasjenige, was sie außerhalb des Konkurses nach dem maßgebenden Civilrecht als ihr Eigenthum beanspruchen kann, auch nach dem Ein-

---

1) Die Motive (zum I. E. 219—225; zum II. E. S. 171 ff.) erörtern die bisherige Gesetzgebung in umfassender Weise und in klarer trefflicher Uebersichtlichkeit.

2) Siehe unten Note 6.

tritte des Konkursverfahrens über das Vermögen ihres Ehemannes als ihr gehörig aus der Masse auszusondern. (Nach den Motiven.)

Hieraus folgt:

A. Wenn auch in einem Civilrechte der Ehefrau das Recht eingeräumt ist, Gegenstände, welche in das volle Eigenthum des Mannes übergegangen sind, zu vindiziren, sobald derselbe in Konkurs geräth, so steht ihr nach der Konkursordnung doch kein Aussonderungsrecht mehr zu. „Der Konkurs erweitert nicht ihre Eigenthumsrechte[3]"; er läßt keine Ausnahme vom allgemeinen Rechte eintreten.

B. Anders ist die Entscheidung, wenn zwar nach dem maßgebenden bürgerlichen Rechte der Ehemann an sich nnd regelmäßig ein Verfügungsrecht über das Eigenthum der Frau in Folge der Ehe erlangt hatte, wenn aber der Verlust dieser Verfügungsbefugniß und der Rückfall in die unbeschränkte Disposition der Frau als Folge des Konkursausbruches über den Mann allgemein im Gesetze ausgesprochen ist[4]). In diesem Falle sondert die Ehefrau als Eigenthümerin ihre Habe aus, der Gemeinschuldner und die Konkursgläubiger haben kein Recht, die Rückforderung abzulehnen und die Sachen zurückzuhalten[5]). Ebenso, wenn nicht das Eigenthum an sich, sondern nur dessen Freiheit in Frage ist, wie schon früher (vgl. oben S. 84 ff.) bezüglich der Beseitigung des dem Manne zustehenden Nießbrauches wegen Vermögensverfalls erwähnt worden ist.

C. Es darf nicht aus den Augen gelassen werden, daß es sich hier nur darum handelt, was die Ehefrau, weil es ihr Eigenthum und nicht

---

3) Daher kann also das Privilegium der c. 5 u. c. 30 C. de jure dotium (5, 12), daß auch eine venditionis causa ästimirte Dotalsache aus de Masse vindizirt werden könne, nicht mehr als gültig erachtet werden; denn der geschätzte Gegenstand ist Eigenthum des Mannes geworden. (Aus den Motiven.)

4) Eine solche Bestimmung gibt beispielshalber für das Gebiet des Gemeinen Rechtes die c. 29 u. 30 C. de jure dot. (5, 12). „Auch wenn man — sagen die Motive — an der fast allgemeinen Auffassung festhält, daß während der Ehe und des Dotalverhältnisses nicht die Frau, sondern der Ehemann Eigenthümer der Dotalsachen sei, so liegt doch schon nach Civilrecht in dem Empfang der dos die Resolutivbedingung für den Fall der Insolvenz des Mannes." Um so mehr wird man sich dieser Folgerung anschließen, wenn man mit Brinz (Pandekten I. Aufl. S. 1238) annimmt, daß der Ehemann die dos, soviel deren Substanz anbelangt, nur für die Frau hat, und daß in Wahrheit die Frau dieselbe hat, aber eben durch den Mann, so daß eigentlich eine Ausnahme gar nicht vorliegt, so wenig, als wenn z. B. Fideicommißgüter, die ja auch der Gemeinschuldner hat, ausgesondert werden.

5) Natürlich vorbehaltlich der unter C zu erörternden Haftung.

das Eigenthum des Mannes ist, aus der Konkursmasse ihres Mannes auszusondern berechtigt sei.

Unberührt bleibt aber hiebei die Frage, ob und inwieweit sich die Gläubiger des Mannes auch an das Eigenthum seiner Ehefrau halten dürfen, sei es insoferne die Schulden durch das gemeinsame Leben auch als Schulden der Frau erscheinen, sei es ohne jede Betheiligung der Frau an denselben nur deshalb, weil sie die Frau des Gemeinschuldners ist. In diesen beiden Richtungen hat die Konkursordnung Nichts geändert[6]) und es hat deshalb bei den verschiedenen bürgerlichen Rechten sein Bewenden.

Es scheint mir nun, was die letzteren Bestimmungen betrifft, daß dieselben hier nicht näher zu erörtern sind, sondern deren Aufzählung und Behandlung im Einzelnen in das Gebiet des ehelichen Güterrechtes gehöre. Denn so viel dürfte feststehen, daß die Schuldhaftung der Ehefrau vermöge Eherechtes nicht bewirkt, daß das Vermögen der Ehefrau mit in die Konkursmasse des Ehemannes geworfen werden kann. Vielmehr haben meines Erachtens die Gläubiger sich an die Ehefrau ebenso in abgesondertem Verfahren zu halten, wenn sie dieselbe zur Zahlung der Schulden des Mannes auf Grund ihres ehelichen Güterrechtes zwingen können, als wenn dieselbe zu dieser Zahlung vermöge eines speziellen Rechtsgeschäftes verpflichtet ist[7]). Gesetzt, die Gläubiger A, B, C, D, E u. s. w. des Kaufmannes X haben Wechsel, welche sämmtlich auch von der Ehefrau X mitunterschrieben sind, in Händen; kommt X in Konkurs, so wird Niemandem einfallen, das Vermögen der Ehefrau deshalb in die Konkursmasse einwerfen zu lassen, weil einer oder mehrere oder alle Gläubiger auch an die Ehefrau sich halten können. Warum sollte es aber anders sein, wenn die Ehefrau für die kaufmännischen Schulden ihres Mannes mithaftet, nicht weil sie die Wechsel unterschrieben hat, sondern weil sie z. B. mit dem Manne zu offenem Kram und Laden gesessen ist und deshalb kraft des Gesetzes für die kaufmännischen Schulden mit verpflichtet erscheint?

Anders sehe ich die Sache an, wenn es sich nicht um eine blose Schuldhaftung der Ehefrau für die Schulden des Mannes handelt, sondern

6) Abweichend von der Pr. KO., welche von der Erwägung ausging, „es liege in dem Wesen des ehelichen Verhältnisses begründet, daß die Ehefrau das Schicksal des Mannes zu theilen habe, und es sei ein Gebot der Moral, daß sie, nachdem sie die guten Tage des Mannes genossen, nun auch in der Zeit der Bedrängniß ihr Vermögen zu seinen Gunsten opfere." Die Motive (zum II. E. S. 176 ff.) erörtern in höchst lesenswerther Weise die Gründe für und gegen diese Auffassung.

7) Ich will damit natürlich nicht sagen, daß die Ehefrau nur subsidiär hafte; dies hängt vom jeweiligen Eherechte ab.

gehört und was Vermögen jedes der Ehegatten ist, allerdings nach §. 14 der KO. stattfinden.

III. Aus dem in Nr. II bereits aufgeführten Grundsatze: die Ehefrau sondert aus, was ihr Eigenthum ist — folgt, daß dieselbe alle beweglichen und unbeweglichen Sachen, die Rechte und Forderungen, — seien diese gewöhnliche oder an Urkundenbesitz geknüpfte (Papiere auf den Inhaber u. s. w.) — welche ihr bereits vor Eingehung der Ehe gehörten, zu beanspruchen hat, soferne solche sich bei der Konkurseröffnung in den Händen des Mannes befinden. Ist dies nicht mehr der Fall, so richtet sich der Anspruch der Ehefrau lediglich nach §. 38 der KO.; soferne der Gegenstand in Natur nicht mehr vorhanden ist, aber die Gegenleistung noch aussteht oder erst nach der Konkurseröffnung eingezogen wurde, kann die Ehefrau, wie jeder Andere, das Surrogat beanspruchen. Aber die Konkursordnung verleiht ihr nicht ein weitergehendes Recht; weder den für veräußerte Sachen gemachten Erlös oder den eingezogenen Forderungsbetrag, noch auch die mit solchem Gelde angeschafften Sachen oder erlangten Forderungen kann sie auf Grund des Konkursrechtes in Anspruch nehmen. Eine Subrogation (wie sie oben bei einer Gesammtsache angenommen, vgl. S. 440) ist konkursrechtlich nicht statuirt. Ob das bürgerliche Recht dagegen etwa eine solche Subrogirung anerkennt, ist natürlich eine andere Frage. Wenn dies geschieht, wenn schon nach dem betreffenden Civilrechte das mit dem Gelde der Ehefrau oder mit dem Erlöse aus Sachen der Ehefrau neu Erworbene sofort und vermöge gesetzlicher Subrogation Eigenthum[15]) der Ehefrau wird, so entzieht ihr die Konkursordnung das Eigenthum nicht. Die Ehefrau kann das, was ihr nach bürgerlichem Rechte nunmehr gehört, im Wege der Aussonderung aus der Masse ziehen[16]). Es ist dies nur eine Anwendung des oben erörterten Grundsatzes: die Ehefrau soll im Allgemeinen durch den Konkurs ihres Ehemannes nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden, als jeder dritte Eigenthümer.

IV. Aus der in Nr. II an die Spitze gestellten Regel folgt nun weiter, daß auch die während der Ehe von der Ehefrau erworbenen Sachen,

---

15) Bei Forderungen, welche mit dem Gelde der Ehefrau begründet wurden, wird es wohl darauf ankommen, wer als wirklicher Gläubiger erscheint. Gesetzt, der Ehemann leiht die aus einer verlosten der Ehefrau gehörigen Obligation herrührenden 10,000 Mark dem Hausbesitzer A und läßt die Schuld auf seinen Namen schreiben, so kann von einer Subrogirung nicht wohl gesprochen werden. Vgl. Pr. LR. Thl. II Tit. 1 §. 240.

16) Die einzelnen hieher bezüglichen Bestimmungen der in Deutschland geltenden Civilrechte aufzuführen, würde den Umfang des Kommentars allzusehr erweitern, weshalb ich davon Umgang nehme.

Anderseits legt das Gesetz der Ehefrau nicht den Nachweis auf, daß sie den Gegenstand aus eigenen Mitteln erworben habe; es können eigene, es können aber auch Mittel ihrer Verwandten oder eines Dritten[22] sein, aus welchen der Erwerb herrührt, wenn es nur nicht Mittel des Ehemannes waren. Der Ausdruck „Mittel" ist (wie v. Wilmowski bemerkt) bisher kein juristisch gebräuchlicher, sondern nur ein volkswirthschaftlich üblicher gewesen. Er deckt sich nicht mit dem Begriff „Vermögen". „Mittel des Ehemannes" ist Alles, worüber er faktisch verfügen kann, sei es als Eigenthümer oder Berechtigter oder auch nur als momentaner Herr. Daß daher die ihm in Folge seiner eheherrlichen Rechte z. B. als Nutznießer an dem Vermögen der Frau zufließenden Einkünfte nicht Mittel der Ehefrau, sondern seine eigenen Mittel sind und daß folglich, was damit angeschafft wurde, im Konkurse des Mannes von der Frau nicht ausgesondert werden könne, ist klar, denn diese Revenuen fallen, sobald sie eingehen, in das Vermögen des Mannes. Aber auch was der Mann mit fremdem ihm anvertrauten Geld oder auf Kredit erworben hat, wenn auch für die Frau und auf deren Namen, kann sie nicht beanspruchen. Im Allgemeinen muß die Frage, was als „Mittel des Ehemannes" anzusehen sei, was nicht, nach dem maßgebenden örtlichen Civilrechte, insbesondere nach den Normen des Güterstandes, unter welchem die Eheleute leben, entschieden werden. Hienach wird also die Frage zu beantworten sein, z. B. ob ein Erwerb durch persönliche Thätigkeit der Frau ihrem Ehemanne, ob ein Erwerb durch Thätigkeit des Mannes (bei obwaltender Gütergemeinschaft) lediglich ihm selbst oder dem gemeinschaftlichen Vermögen oder zu einem ideellen Antheile auch der Ehefrau zufällt u. s. w.

Die Ehefrau verliert ihr Aussonderungsrecht übrigens nur dann, wenn die Mittel, mit denen der Gegenstand erworben worden ist, noch im Momente des Erwerbes Mittel des Ehemannes waren. Sind sie in diesem Momente nicht mehr Mittel des Mannes, so schadet es Nichts, daß sie früher solche gewesen waren. Wenn z. B. die schöne Frau Fanny ihre Vorhänge mit dem Gelde gekauft hat, welches in Folge richterlichen Urtheiles ihr Ehemann an dieselbe herauszubezahlen hatte, so können die Gläubiger ihres verganteten Ehemannes diese Vorhänge nicht deshalb in Anspruch nehmen, weil der Erwerbspreis aus Mitteln des Mannes stammt. Denn damals, als die Anschaffung stattfand, waren sie nicht mehr Mittel desselben, sondern waren bereits zu Mitteln der Frau geworden. Was demnach in Folge einer

---

Zuthun des Gemeinschuldners in den Besitz der Ehefrau gebracht werden könnten.

22) Nach dem oben Dargelegten natürlich nur, wenn der Dritte damit einverstanden war.

gültigen Rechtshandlung[23]) aus dem Vermögen des Mannes heraus und in das Vermögen der Frau gekommen ist, insbesondere auch, was der Ehemann an Nadelgeld, Kleidern, Unterhalt oder sonst an seine Frau zu geben schuldig war und gegeben hat, gehört von da an zu den „Mitteln" der Frau. Aber auch wenn ein derartiges Geld unmittelbar, ehe es in die Hand der Ehefrau gekommen ist, zur Anschaffung verwendet wurde, kann den Erwerb doch die Frau beanspruchen, denn durch eine solche Handlung ist ja das Vermögen des Mannes nicht vermindert[24]); es sind re vera Mittel der Frau und nicht eigene, die er verwendet. Z. B. Im Ehevertrage ist stipulirt, daß die halbe Rente des von Herrn Major von Reiter verwalteten seiner Ehefrau vom Vater als Heirathsgut gegebenen Hauses der Frau von Reiter zur vollständig freien Verfügung überlassen bleibe. Am 24. April gehen 8000 Mark Miethzins ein und Herr v. Reiter kauft seiner Frau einen eleganten Landauer für 4000 Mark. Diesen kann, falls Herr v. Reiter am 10. Mai in Konkurs geräth, der Verwalter nicht zur Masse ziehen, obwohl der Gemeinschuldner selbst den Kauf vollzog und das Geld direkt aus seiner Hand kam.

Bisher ist der Fall erörtert, daß die Mittel in Folge rechtsgültiger Verfügung aus der Hand des Mannes in die Hand der Frau gegangen sind. Wie ist es, wenn der Gegenstand selbst Objekt des Rechtgeschäftes war? Z. B. Maler Pinsler kauft sich aus dem Erlöse für sein berühmtes Bild „der aufwartende Pudel" einen alterthümlichen Schrank um 3000 Mk., braucht aber später Geld und überläßt denselben um den Ankaufspreis seiner Frau. Bald hernach kommt er in Konkurs. Kann seine Frau den Schrank aussondern? Den Nachweis, daß derselbe nicht mit Mitteln des Ehemannes erworben sei, kann sie offenbar nicht liefern. Wenn man also den §. 37 streng wörtlich nehmen wollte, so wäre ihr ein Aussonderungsrecht nicht zuzusprechen. Allein ich glaube, der §. 37 wird wohl dahin zu lesen sein: „wenn sie beweist, daß sie dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben hat" oder „daß dieselben von ihr oder für sie nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind." Es läßt sich dies durch den Hinweis auf §. 24 Nr. 2 der KO. begründen[25]), und ergibt sich auch aus den

23) Daß diese Rechtshandlung auch eine Schenkung gewesen sein kann, ist bereits oben (Note 18) bemerkt worden und sind daselbst schon die näheren Modalitäten hierüber angegeben.

24) v. Wilmowski S. 219.

25) Denn wenn in diesem Paragraphen entgeltliche Rechtsgeschäfte mit dem Ehegatten nur unter Umständen und nur wenn sie im letzten Jahre geschlossen waren, anfechtbar erklärt sind, so folgt argumento e contrario, daß die übrigen zu Recht bestehen müssen. Wäre die Ehefrau überhaupt nicht be-

Kommissionsverhandlungen[26]). In diesen wurde Folgendes bemerkt: „Wenn der Ehemann der Frau in einer sowohl nach Civil- wie Konkursrecht gültigen Weise ein Staatspapier schenkt, die Frau später dieses Papier veräußere und sich mit dem Erlös ein Grundstück kaufe, so habe sie das Grundstück mit ihren Mitteln erworben und der §. 37 würde nicht einschlagen. Wenn dagegen die Ehefrau das Papier nicht veräußert, sondern behalten hätte, und nunmehr der Konkurs über das Vermögen des Ehemannes ausbreche, könnte man annehmen, daß ihr der Wortlaut des §. 37 entgegenstehe. Ebenso würden dann, wenn der Ehemann in rechtsgültiger Weise der Ehefrau auf ihr Heirathsgut eine Summe Geld zurückgewährt und die Ehefrau sich für dieses Geld Sachen anschafft, diese Gegenstände unzweifelhaft von der Frau vindizirt werden können. Wenn aber die Rückgewährung in der Weise erfolgt sei, daß der Ehemann für das Geld ein Staatspapier auf den Namen der Frau gekauft habe, könnte auch hier die Frage entstehen, ob nicht §. 37 einschlage." Die Regierungsvertreter konstatirten aber hierauf, daß dies nicht der Fall sei: „Habe der Mann nach Civilrecht gültig und nach Konkursrecht unanfechtbar der Frau eine Sache geschenkt (natürlich also noch mehr, wenn er sie entgeltlich veräußert hat), so sei der Erwerb von dem Manne, nicht mit den Mitteln des Mannes erfolgt. In dem anderen Falle, wo der Ehemann der Frau gültiger Weise ihr Heirathsgut oder einen Theil desselben in der Art zurückgewähre, daß er unmittelbar einen Gegenstand für die Frau anschaffe, erfolge der Erwerb mit den Mitteln der Frau, nicht mit den Mitteln des Mannes." (Vgl. oben Note 18).

Der von der Ehefrau zu führende Nachweis kann von ihr nur durch Offenlegung aller Rechtsgeschäfte vom ersten ursprünglichen Erwerbe der Mittel bis zum Erwerbe der beanspruchten Sache[27]) geführt werden; denn — wie die Motive richtig bemerken — das Eigenthum der Frau unterliegt meist mehr als einmaligem Wechsel und es gilt dann zu erforschen, ob jedesmal bei dem Wechsel die Ehefrau den Vorschriften des Civilrechtes gemäß das Eigenthum der eingetauschten oder angeschafften Gegenstände erworben hatte. Da selten die Werthe des neuen und des alten Gegenstandes sich decken und der Werth eines neuerworbenen im Laufe der Zeit sich in der Regel ändern wird, so kann die ursprüngliche Schuld des Mannes aus der ersten Veräußerung auf das Erheblichste hinter dem Werthe des be-

---

rechtigt Gegenstände auszusondern, die sie von ihrem Ehemanne erworben hat, so wäre der §. 24 Note 2 Alinea 1 überflüssig.

26) B. Prt. S. 37 u. 38.

27) Aeußerung des Abg. Dr. Goldschmidt in der 6. Sitzung der Berath.-Komm. Vgl. auch v. Wilmowski S. (138) 220.

anspruchten Gegenstandes zurückbleiben, und sonach der Mehrwerth als Vorschuß des Mannes erscheinen, auf welchen die Ehefrau nicht mehr Recht hat wie jeder andere Gläubiger. Der Nachweis, welcher hienach von der Ehefrau verlangt wird, kann — fahren die Motive fort — unter solchen Verhältnissen allerdings Schwierigkeiten unterliegen; indessen die Freiheit, welche ihr in der Art der Beweisführung gewährt ist, und eine verständige Beweiswürdigung durch den Richter wird ihr über unverschuldete Schwierigkeiten hinweghelfen.

Mehr als den Erwerb ohne Mittel des Ehemannes muß die Ehefrau nicht nachweisen; insbesondere also gilt die Einschränkung des §. 89 der Pr. KO. nicht mehr, wonach bei Immobilien und Hypothekforderungen der Nachweis dahin geführt werden mußte, daß dieselben niemals, auch nicht vorübergehend auf den Namen des Ehemannes geschrieben waren. Denn darauf kommt es nicht an, vielmehr nur darauf, ob die Grundstücke und bücherlichen Forderungen bei Ausbruch des Konkurses auf den Namen der Ehefrau stehen und ob sie nicht blos zum Schein, sondern in Folge eines ehrlichen Rechtsgeschäftes[28]) auf diesen Namen geschrieben wurden. Anderseits aber hilft der Eintrag auch nicht zur Beseitigung des §. 37. Wenn die Ehefrau nicht nachweisen kann, daß sie das nunmehr auf ihren Namen im Grundbuche eingetragene Haus nicht mit Mitteln ihres Mannes gekauft und den Preis bezahlt hat, so kann sie dasselbe nicht beanspruchen, obwohl sie durch das Buch legitimirt erscheint.

Es läßt sich nun noch fragen[29]), wie es zu halten sei, wenn der beanspruchte Gegenstand theils mit Mitteln des Ehemannes, theils mit anderweitigen erworben wurde. Ist in diesem Falle der Gegenstand theilbar, so ist Theilung vorzunehmen und bleibt es im Streitfalle Sache des Richters[30]), den der Frau hinauszugebenden Antheil festzustellen. Z. B. Frau Anna gibt ihrem Manne 3000 Mark, welche sie geerbt hat, mit der Bitte, ihr dieses Geld recht gut anzulegen. Dem Manne wird ein 5 % Ewiggeld von 2000 fl. (3428 Mk. 57 Pf.) angeboten und er kauft solches für die Frau, indem er 428 Mk. 57 Pf. aus eigenen Mitteln darauflegt. Hier wird Frau Anna von dem Ewiggelde nur 3000 Mk. aussondern dürfen, die restigen 428 Mk. 57 Pf. aber der Masse überlassen müssen[31].) Wenn aber ein untheilbarer Gegenstand in Frage steht, so hängt die Entscheidung davon ab, ob das bürgerliche Recht ein Miteigenthum nach ideellen Theilen an der untheilbaren

---

28) Vgl. die Bestimmungen über Anfechtung.

29) Vgl. K. Prt. S. 38.

30) Nach prozessualem Verfahren, also nicht des „Konkursrichters“.

31) Oder diesen Betrag ihr ablösen.

Sache als zulässig annimmt oder nicht. Unter der ersteren Voraussetzung wird nach §. 14 der KO. vorerst eine Auseinandersetzung außerhalb des Konkurses stattzufinden haben. Z. B. die liebenswürdige Frau Polderl hat den dringenden Wunsch, eine ächte chinesische Vase im Preise von 1000 Mk. bei Thierry zu kaufen; sie besitzt aber nur 700 disponible Mark. In einer schwachen Stunde schmeichelt sie indessen hiezu ihrem Manne eine Beisteuer von 300 Mk. ab. Wenn nun (was wir nicht hoffen wollen) der Mann später in Konkurs geräth, so muß die Vase versteigert werden[32]) und am Erlöse hat Frau Polderl $^7/_{10}$, die Masse $^3/_{10}$ zu beanspruchen. Wäre aber ein solches Miteigenthum nicht zu konstruiren, so kann das, was der Ehemann aus seinen Mitteln aufgewendet, nur als eine der Ehefrau ohne Rechtsgrund gemachte Leistung angesehen werden. Sie muß daher die vom Manne herrührenden Mittel der Konkursmasse jedenfalls vollständig ersetzen. Es wäre dann eben der „Vorschuß" des Mannes eine auf der Sache ruhende Last, welche die Aussonderungsforderende unter allen Umständen mit übernehmen muß.[33]).

V. Wie ist es, wenn der Erwerb zwar nicht direkt mit Mitteln des Mannes, aber veranlaßt durch Aufwendung solcher Mittel geschehen ist? Z. B. Herr Firmin verkauft dem Baron V. sein auf 2000 Mk. gewerthetes Reitpferd um 1500 Mk., wobei der Baron der Frau Gustavine Firmin einen alten auf 500 Mk. gewertheten Renaissance-Schrank schenkt. Ich glaube, daß an sich nicht behauptet werden kann, die Frau Gustavine habe den Schrank „mit Mitteln ihres Mannes" erworben; allein es würde gegen Treu und Glauben und gegen die guten Sitten verstoßen, eine solche Transaktion zuzulassen, soferne sie in der Absicht das Gesetz zu umgehen gemacht ist. Von diesem Gesichtspunkte aus wird der Richter stets in der Lage sein, dolose Manipulationen zu verhindern.

VI. Der §. 37 spricht nur von der „Ehefrau"; die ihr gezogene Schranke gilt also nicht für den Ehemann, der im Konkurse seiner Frau

---

32) In der Regel wird in solchem Falle eine Verständigung à l'amiable erzielt werden.

33) Ebenso Stieglitz S. 226. Dagegen nehmen Petersen S. 197 und v. Wilmowski S. 220 (welcher mit Unrecht mich für seine Meinung citirt) an, sobald in solchem Falle auch nur ein Theil der Mittel aus dem Vermögen des Mannes stamme, sei der Nachweis des §. 37 nicht geliefert, das Aussonderungsrecht nicht begründet und die Ehefrau für den von ihr stammenden Theil der Erwerbungskosten als Entschädigungsberechtigte in den Konkurs zu verweisen. Dernburg Pr. Pr.-R. Bd. III §. 26 Note 7 will die Frage danach entscheiden, wer den größeren Theil der Mittel gegeben, v. Sarwey (S. 296) ähnlich, indem er das Ermessen des Richters eintreten lassen will.

Aussonderungsansprüche erhebt. Die Motive [34]) müssen zwar zugeben, daß die Gründe für die im Gesetze aufgestellte Beschränkung nicht in einem besonderen Güterrechtssysteme, auch nicht in der rechtlichen Stellung der Ehefrau zu ihrem Manne liegen, daß sie vielmehr auf der thatsächlichen Intimität der Ehe, auf der thatsächlichen leichten Vermischung der beiderseitigen Vermögen beruhen; ebenso wie der Ehemann seine Mittel der Frau zuwenden kann zum Nachtheil seiner Gläubiger, könne er auch die Mittel seiner Ehefrau — ohne oder mit ihrer Zustimmung — den Gläubigern seiner demnächst zahlungsunfähigen Frau dadurch entziehen, daß er mit diesen Mitteln Eigenthum für sich erwerbe. Ferner sei zu erwägen, daß auch das Anfechtungsrecht nicht auf Rechtshandlungen des Ehemannes beschränkt sei und das Civilrecht Schenkungen unter Ehegatten ebenfalls nicht nach der Person des Schenkenden verschieden behandle. Praktisch sei es endlich schon häufig als Mißbrauch erschienen, wenn in dem Konkurse einer gewerbtreibenden Frau unbehindert der Mann mit Eigenthumsansprüchen auf Gegenstände auftrete, die er zu einer Zeit erworben haben wollte, als schon die Ehefrau ihr Gewerbe trieb. „Demohngeachtet haben diese Erwägungen dagegen nicht aufkommen können, daß es nicht gerathen schien, den allgemein rechtlichen, in das Volksbewußtsein übergegangenen Satz: praesumitur quod omnia sint mariti zu durchbrechen, ihn für diese Fälle nicht blos aufzugeben, sondern in das Gegentheil umzukehren." Die Motive setzen hinzu: „Wer einer Ehefrau Kredit gibt, ohne daß das Civilrecht dem Ehemanne eine Verhaftung auferlegt, möge sich vergewissern, daß die Ehefrau ihre Selbständigkeit dem Manne gegenüber behauptet."

VII. Wenn die Ehefrau den in §. 37 der KO. vorausgesetzten Nachweis nicht liefert, so wird angenommen, es sei der während der Ehe erworbene Gegenstand Eigenthum des Mannes. Also nicht blos, daß derselbe zur Masse gezogen und die Ehefrau etwa mit einem Entschädigungsanspruch unter die Gläubiger verwiesen wird [35]), sondern die vollständige Nichtberücksichtigung ihres faktischen, aber vom Gesetze als nur für scheinbar erklärten Eigenthums ist die Folge ihrer Beweisfälligkeit. Das Recht ihrem Ehemanne gegenüber bleibt aber gewahrt.

---

34) Zum II. E. S 184 u. 185.; in dem I. E. war die Vorschrift allgemein für den „Ehegatten" gegeben.

35) Wenn z. B. die Ehefrau verurtheilt wird, einen Pfandbrief, der auf ihren Namen gestellt ist, zur Masse herauszugeben, weil sie nicht nachweisen kann, daß derselbe nicht mit Mitteln ihres Mannes gekauft, so wird eben damit zugleich anerkannt, daß sie an dem Pfandbriefe kein Recht hat und in Folge dessen kann sie auch wegen „Entziehung ihres Eigenthumes" keine Forderung im Konkurse erheben.

VIII. Fassen wir nun der Uebersichtlichkeit halber kurz zusammen, welches die Stellung der Ehefrau im Konkurse ist und welche Ansprüche sie zu machen hat, so ergibt sich Folgendes:

A. Der Frau gebührt Alles, was bei Eingehung der Ehe ihr Eigenthum war[36]) und bei Eröffnung des Konkurses noch ihr Eigenthum ist.

B. Ferner gebührt der Frau, was nach dem maßgebenden bürgerlichen Rechte durch Subrogirung im Laufe der Ehe an die Stelle ihres Eigenthumes getreten ist und

C. Alles, was sie während der Ehe mit eigenen Mitteln oder mit anderen Mitteln, die nicht von ihrem Ehemanne herrühren, erworben hat.

Diese drei Ansprüche sind Aussonderungsansprüche.

D. Beanspruchen kann die Ehefrau aber noch weiter die Rückgabe desjenigen Vermögens[37]), welches sie in die Ehe gebracht[38]) oder während der Ehe ihr angefallen oder von ihr irgendwie erworben wurde, und welches entweder in das Eigenthum des Mannes, sei es gesetzlicher Vorschrift gemäß überging[39]) oder aber nur in dessen Verwaltung, gelangte und nicht mehr in Natur vorhanden ist[40]).

Diese Ansprüche sind, insoweit der Ehefrau nicht blos ein gesetzliches[41]), sondern ein eingetragenes Hypothek- oder effektiv bestelltes Faustpfand-Recht zusteht, Absonderungsansprüche, außerdem gewöhnliche Konkursforderungen.

---

36) Daß sie es vor der Ehe auch wirklich schon besessen habe, wie der I. E. §. 42 verlangte, ist nicht nothwendig, nur auf das Eigenthum kommt es an. Wenn also z. B. die Mama der Braut dieser einen Flügel von Erard schenkt und ihn sofort in die Wohnung des Mannes schickt, schließt dies die Aussonderung keineswegs aus, obwohl in diesem Falle die Frau vor der Ehe nicht im Besitze gewesen ist.

37) Seien es Sachen oder Geld oder Geldeswerth, im ersteren Falle natürlich kommt §. 62 zur Anwendung.

38) Einerlei ob es vor der Ehe ihr Eigenthum war und durch den Eheabschluß in das Eigenthum ihres Mannes überging oder ob der Ehemann sofort unmittelbar Eigenthümer wurde, z. B. wenn der Vater dem Bräutigam das Heirathsgut baar auszahlt u. s. w.

39) Einerlei ob es noch in Natur vorhanden ist oder nicht.

40) Vorbehaltlich der oben bereits erwähnten Ausnahme, daß das betreffende Civilrecht eine Subrogation annimmt.

41) Die Legalhypothek und das Privileg bevorzugter Befriedigung, welches die meisten Rechte der Ehefrau einräumen, sind durch §. 40 der KO. beseitigt.

§. 38.

Anspruch bei Veräußerung einer fremden Sache.

Sind Gegenstände[a]), deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können[b]), vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner[c]) oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter[d]) veräußert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht[e]), zu verlangen. Er kann die Gegenleistung[f]) aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist[g]).

I. E. §. 46; II. E. §. 38; Pr. H. G. Art. 723; Pr. KO. §. 23; B. Pr. O. —

a. (Sind Gegenstände).

Es ist oben bei §. 35 lit. b Nr. III erörtert worden, daß ein Aussonderungsrecht im technischen Sinne nur bestehen kann, wenn der Gegenstand desselben noch in Natur in der Masse sich befindet. Indessen erschöpft dieser so zu sagen negative Satz die rechtliche Seite des Verhältnisses nicht. Man frägt mit Grund nach dem Schutze des Aussonderungsberechtigten, welcher ihm doch auch im entgegengesetzten Falle gewährt sein muß. Dieser ist ein dreifacher:

A. Vor allem bleibt ihm sein Recht gegen den dritten Erwerber unbeschränkt. Wenn das Eigenthum des X, welches er dem Y geliehen, nach der Konkurseröffnung über Y sich in den Händen des Z befindet, so kann natürlich der Umstand, daß Y in Konkurs gerathen ist, auf den Anspruch des Eigenthümers X gegen den Inhaber seines Eigenthums Z auf Herausgabe keinen Einfluß ausüben. Auch hier trifft die Vorschrift zu, welche oben (S. 435) allgemein aufgestellt wurde: daß der Berechtigte seine Ansprüche ebenso geltend machen kann, als ob ein Konkurs überhaupt nicht ausgebrochen wäre. Anderseits kann durch den Ausbruch des Konkurses auch die Befugniß des Eigenthümers — sich wegen der ihm von Y (oder dessen Vertreter) zugefügten Eigenthumsentziehung auch an Y zu halten — nicht alterirt werden; der Anspruch gegen diesen letzteren geht weder ganz noch theilweise dadurch verloren, daß der Berechtigte zugleich befugt ist, sein Recht auch gegen den Dritten zu verfolgen[1]). Und hiezu kommt, daß diese

1) Wenn freilich die Verfolgung zum Ziele führt, wenn das bürgerliche Recht den Dritten zur Herausgabe zwingt und der Eigenthümer sein Eigenthum wieder erhält, so ist er ja nicht beschädigt und kann weitere Rechte nicht mehr geltend machen. Dagegen wird dann der Dritte je nach der faktischen Lage sich an die Masse halten (§. 52 Ziff. 1 der KO.) oder gegen den Gemeinschuldner eine Schadloshaltung im Konkurse liquidiren können.

Verfolgung gegen Dritte gewöhnlich nur in sehr geringem Umfange möglich ist. Bei Immobilien ist der gutgläubige Erwerber durch die Oeffentlichkeit der Bücher, bei Mobilien durch den in den meisten Gesetzgebungen mehr oder minder anerkannten Satz: „Hand muß Hand wahren" geschützt. Der Eigenthümer kann also auf seine Rechtsverfolgung gegen den Dritten nicht allein angewiesen sein.

B. Das Gesetz könnte nun diesem Mangel dadurch abhelfen, daß es eine allgemeine Subrogation annähme und den Anspruch des Aussonderungsberechtigten an Stelle des ursprünglichen Gegenstandes auf dasjenige zuließe, was statt desselben vom Gemeinschuldner oder dem Verwalter erlöst wurde. Dies thut aber der §. 38 nicht [2]). Er beschränkt die Substitution des eigentlichen Aussonderungsobjektes durch den an seine Stelle getretenen Werth auf den Fall einer nach der Konkurseröffnung noch ausstehenden Gegenleistung. Der Aussonderungsberechtigte kann die Abtretung des Rechtes aus dem Geschäfte über sein Eigenthum verlangen und zwar nur, wenn es noch schwebt, dann aber einerlei, ob dieses Geschäft bereits vor Ausbruch des Konkurses von dem Gemeinschuldner [3]) oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter geschlossen wurde.

C. Endlich aber steht dem Aussonderungsberechtigten, welcher das Objekt seines Anspruches selbst nicht mehr erlangen kann, eine Entschädigungsforderung zu. Diese Entschädigung richtet sich gegen denjenigen, welchem die Entziehung des Eigenthums zur Last liegt. War es der Gemeinschuldner, so bildet der Anspruch nach §. 4 der KO. eine Konkursforderung; der Aussonderungsberechtigte wird Konkursgläubiger auf die Höhe seines Schadens, welche unter Umständen höher [4]) sein kann, als die vom Gemeinschuldner erzielte und eingezogene Gegenleistung. Hatte aber der Verwalter nach der Konkurseröffnung über den Gegenstand des Aussonderungsrechtes verfügt, so haftet die Masse [5]), der Absonderungsberechtigte wird Masse=

2) Der Wortlaut des I. E. §. 46 hätte sich so auslegen lassen.

3) Hierin liegt eine aus Billigkeitsgründen gemachte Ausnahme vom jus strictum. „Nach strengem Rechte" — bemerken die Motive — „würde das Recht auf die ausstehende Gegenleistung als eine kontraktliche Forderung des Gemeinschuldners an seine Kontrahenten zur Masse gehören und dem Berechtigten zu überlassen sein, eine Entschädigungsforderung im Konkurse zu liquidiren. Es würde aber dies zu einer offenbaren Unbilligkeit ausschlagen."

4) Niedriger wohl kaum; denn weshalb sollte anzunehmen sein, daß der Eigenthümer bei einer Veräußerung weniger erzielen oder erzielt haben würde, als der unberechtigte Gemeinschuldner?

5) Wenn der Verwalter wissentlich handelte und den Aussonderungsanspruch absichtlich verletzte, kann er sicher auch persönlich haftbar gemacht werden und zwar sowohl vom Berechtigten, als unter Umständen für die Masse.

gläubiger. In diesem Falle aber kann der Aussonderungsberechtigte eine noch in der Masse befindliche Gegenleistung, gleichsam um sich schadlos zu halten, als solche in Anspruch nehmen. Denn wenn der Verwalter zwar das Veräußerungsgeschäft nicht selbst geschlossen, aber die ausstehende Gegenleistung nach der Konkurseröffnung eingezogen hat, so ist die Masse hiedurch ungerecht bereichert und zur Zurückgewährung verpflichtet.

b. (deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können.)

Der vom Gesetze gebrauchte Ausdruck ist ganz allgemein; er umfaßt nicht nur den in §. 35 erörterten Fall der Aussonderung aus dinglichem oder persönlichem Rechte in sich; sondern der §. 38 soll auch auf den Fall des §. 36, der Veräußerung der Waaren eines auswärtigen Verkäufers, sowie auf die Veräußerung einer der Ehefrau des Gemeinschuldners gehörigen Sache (§. 37) anwendbar sein[6]. Ferner ist es einerlei, ob es sich um eine Sache, um ein Recht oder um eine Forderung handelt[7]. Die bisher vom Berliner Obertribunal vertretene Ansicht[8], daß auf veräußerte Forderungen die obige Bestimmung keine Anwendung finde, beruht auf der strikten Auslegung des in der Pr. KO. gebrauchten Ausdruckes: „Sache" und ist daher nicht mehr zu halten.

c. (von dem Gemeinschuldner.)

Wenn ein zu Rechtshandlungen für den Gemeinschuldner bevollmächtigter Dritter[9] die Veräußerung vorgenommen hat, so findet der §. 38 gleichfalls Anwendung. Dies ist an sich selbstverständlich. Zweifelhaft könnte es sein, ob der Fall einer Zwangsversteigerung hieher gehört[10]. Ge-

---

6) Motive zum II. E. S. 187.

7) Vgl. indessen Seite 442 ff. oben.

8) Vgl. z. B. das Erk. v. 28. März 1869, Striethorst Bd. 74 S. 158.

9) Wenn also der zur Auseinandersetzung eines Nachlasses beauftragte Exekutor, Notar oder die Nachlaßbehörde eine in der Erbschaft befindliche fremde Sache oder Forderung veräußert beziehgsw. eingezogen haben, und es bricht sodann der Konkurs über den Nachlaß aus, so ist gleichfalls der §. 38 in Anwendung zu bringen. Vgl. auch das ROHG. Erk. v. 28. März 1873 (Bd. IX S. 232) über das Recht des Verkaufs-Kommittenten an dem Kaufgeld für das Kommissionsgut.

10) Praktisch wird der Fall nicht oft werden; denn weil die Zwangsversteigerung doch in der Regel nur gegen baar erfolgt, wird nach der Konkurseröffnung kaum eine „Gegenleistung" aus einer vorher erfolgten Zwangsvollstreckung ausstehen. Der als Beispiel aufgeführte Fall aber wird in der Regel dadurch unmöglich werden, daß mit der Konkurseröffnung alle Spezialexekutionen zu sistiren sind.

setzt nemlich, in Folge Anbringens des Gläubigers A wird ein bei Lohnkutscher B im Stalle stehender Schimmel gepfändet und im Wege öffentlicher Zwangsvollstreckung am 1. Mai an den Pferdehändler C verkauft. Inzwischen ist über Lohnkutscher B am 30. April der Konkurs eröffnet worden und nun meldet sich der Privatier E mit der Behauptung, der Schimmel sei sein Eigenthum gewesen, er habe ihn nur dem B zum Probiren geliehen gehabt. Ich bezweifle nicht[11]), daß E, falls er sein Eigenthum nachweisen kann, den Erlös als erst nach der Konkurseröffnung zur Masse gekommen aus dieser herausbekommen muß.

Ob der Gemeinschuldner ohne berechtigt zu sein oder in völliger Berechtigung z. B. vermöge seiner eheherrlichen Befugniß oder kraft seiner väterlichen Gewalt die Veräußerung vorgenommen hat, ist einerlei[12]).

d. (von dem Verwalter.)

Diese Worte dürfen nicht zu einem argumentum e contrario verwendet werden. Wenn der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens ein Aussonderungsobjekt veräußern würde, so ist der Aussonderungsberechtigte a potiori befugt, die Abtretung des Rechtes auf die noch ausstehende Gegenleistung zu verlangen, und sollte der Gemeinschuldner diese letzte eingezogen und in die Masse gegeben haben, so ist die Rückforderung aus dieser auch begründet. Dagegen kann sich in solchem Falle, wenn der Gemeinschuldner die Gegenleistung selbst behalten hat und sie von ihm nicht mehr herausgeholt werden kann[13]), der Aussonderungsberechtigte mit seiner Entschädigungsforderung, weil sie erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist (vgl. §. 2 der KO.), im Konkurse nicht melden.

e. (die Abtretung des Rechtes auf Gegenleistung, soweit diese noch aussteht.)

Nach dem Wortlaute des Gesetzes steht dem Aussonderungsberechtigten in dem in §. 38 supponirten Falle nicht das Recht auf die noch ausstehende Gegenleistung selbst zu, sondern er hat nur einen Anspruch auf „Abtretung dieses Rechtes." Aus den Motiven, welche sich des Ausdruckes bedienen: „die Forderung auf den Erlös muß als den Vindikationsberechtigten zustehend angesehen werden," ließe sich zwar entnehmen, daß das Gesetz hier eine cessio legalis habe einführen wollen, allein ich glaube nicht, daß man

---

11) v. Wilmowski S. (141) 222.

12) Ebenso Fitting §. 22 Note 13, während Stieglitz S. 241 annimmt, der §. 38 habe nur rechtswidrige (wissentliche oder unwissentliche) Veräußerungen im Auge.

13) Hiezu ist der Aussonderungsberechtigte, weil er kein Konkursgläubiger ist, nach §. 11 der KO. auch während des Konkurses berechtigt.

soweit gehen darf[14]). Ich halte es ohnehin für praktisch zweckmäßiger, wenn der Berechtigte seine Rechte mit dem Konkursverwalter austragen muß, als wenn er sich sofort an den Dritten wendet, welcher von dem Rechtsverhältniß zwischen dem Gemeinschuldner und dem Aussonderungsberechtigten in der Regel keine Kenntniß hat und daher gar nicht in der Lage ist, zu wissen, wem er realiter schuldet. Formell schuldet er aber jedenfalls vorerst immer der Masse und daher wird auch die an Stelle der Aussonderung tretende Forderung auf die noch ausstehende Leistung an die Masse zu richten sein.

Eine Gewährleistung liegt übrigens der Masse nicht ob; sie tritt die Forderung ab, wie sie ihr zusteht. Wäre freilich durch Schuld des Gemeinschuldners, so lange er noch dispositionsfähig war, oder später durch Schuld des Verwalters die Gegenleistung verloren oder gefährdet[15]), so ist im ersten Falle eine Konkursforderung, im zweiten ein Masseanspruch auf Entschädigung gegeben.

f. (Gegenleistung.)

Der Ausdruck „Gegenleistung" ist hier nicht wörtlich zu interpretiren. Wenn der Verwalter ein nicht dem Gemeinschuldner, sondern einem Anderen zustehendes Recht ausübt und dadurch von dem Pflichtigen eine Leistung empfängt, so kann man nicht eigentlich sagen, es sei eine Gegenleistung eingezogen worden; denn es ist ja von Seite des Verwalters Nichts dafür hingegeben. Allein demohngeachtet muß der §. 38 auch für solche Fälle als anwendbar erachtet werden. Wenn also z. B. der Verwalter die Zinsen eines der Ehefrau des Gemeinschuldners nießbräuchlich zustehenden Kapitals zur Masse einzieht, weil er irrthümlich meint, die Nutznießung stehe dem Gemeinschuldner selbst zu, so kann die Ehefrau im Wege der Aussonderung die Rückgabe der Zinsen begehren.

---

14) Ebenso Fitting §. 22 Note 13. Dagegen vertreten v. Sarwey S. 300, Stieglitz S. 244 u. v. Wilmowski S. 223 die Ansicht, es entscheide sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte, ob der Berechtigte auch ohne Cession gegen den Dritten vorgehen könne oder erst noch eine förmliche Abtretung erfolgen müsse. Fitting macht a. a. O. mit Recht aufmerksam, daß das gleiche Verhältniß obwalte, wie beim Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs nach Art. 368 des ADHGB. Vgl. hierüber Anschütz u. Völderndorff, Kommentar Bd. III S. 352. Allerdings nimmt v. Sarwey a. a. O., auch in diesem Falle einen ohne Cessionsakt auf den Kommittenten ipso jure erfolgenden Forderungsübergang an.

15) Z. B. die aus einem Tausche zu leistende Kuh wird nicht sofort abgeholt, sondern bleibt in dem der Rinderpest ausgesetzten Wohnorte des Vertauschers stehen, und wird in Folge hievon nach der Konkurseröffnung schlechter verkäuflich.

g. (soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist.)

Zweierlei bestimmt der obige Satz des §. 38. Vor allem, daß die Rückforderung aus der Masse, das heißt also ein Masseanspruch (§. 52 Nr. 3 der KO.) nur begründet erscheint, wenn die Gegenleistung nach der Eröffnung des Konkurses in die Masse gekommen ist; geschah dies vorher, so besteht (wie bereits oben bemerkt) nur eine Konkursforderung. Ferner ergibt sich aus obigen Worten im Zusammenhalte mit dem verschiedenen Ausdrucke in §. 6 Abs. 2 der KO., daß der Anspruch nicht auf dasjenige beschränkt ist, was sich in der Masse befindet oder um was dieselbe bereichert ist. Gesetzt, A hat dem B ein Pferd geliehen, welches dieser gegen eine Kuh an C vertauscht; bevor dieser die Kuh abliefert, bricht der Konkurs aus; der Verwalter Z nimmt die Masse in Besitz und an ihn übergibt denn auch alsbald C das Tauschobjekt. Wenige Tage später fällt das Thier in Folge Milzbrandes. Inzwischen hat A von dem Ausbruche des Konkurses Kenntniß erhalten, verlangt sein Pferd und erfährt nun den Vorgang. Hier muß die Masse dem A für den Werth der Kuh Ersatz leisten, obwohl sie nicht mehr bereichert ist. Denn (wie die Motive sich ausdrücken) der Verwalter hat, indem er dieses dem Aussonderungsberechtigten zustehende Tauschobjekt an sich nahm, lediglich als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt. Nur dann, wenn auch ein solcher Geschäftsführer durch die Sachlage von einer Ersatzleistung befreit erscheint, fällt gegen den Verwalter und die Masse der Anspruch hinweg.

Fünfter Titel.*)

Absonderung.

„Absonderung" (Separation) bedeutet in der KO. nicht das vollständige Ausscheiden aus der Konkursmasse (wie bei der „Aussonderung" der Fall ist), sondern nur die Lostrennung vom Konkursverfahren (§. 3). Während die „Aussonderung" gewisse Objekte als zur Masse nicht gehörig aus dieser ausscheidet, gehören die Objekte der Absonderung als solche zur Masse und bleiben bei ihr, aber sie werden in gewisser Beziehung abgesondert behandelt. „Absonderungsrecht" ist die Befugniß, seinen Anspruch auch während der Dauer des Konkurses mit Ausschluß der Konkursgläubiger zu befriedigen und zwar entweder durch Hülfe des Gerichtes oder durch eigene Thätigkeit (§. 117 Abs. 2). Voraussetzung der Absonderung in objektiver Hinsicht ist das Vorhandensein eines Gegenstandes, auf welchen ein Berechtigter behufs seiner Befriedigung einen bestimmten erkennbar an dem Gegenstande haftenden Anspruch hat, wobei dieser Gegenstand eine Sache, ein dingliches Recht, eine Forderung — unter Umständen auch eine Gesammtheit aller dieser drei Arten (§. 43, 44) — sein kann. In subjektiver Hinsicht ist Voraussetzung der Absonderung, daß der Anspruch lediglich in seiner Eigenschaft als ein an dem Gegenstande haftender geltend gemacht wird, wobei im Uebrigen der Anspruch in seiner Richtung auf den Gemeinschuldner selbst bestehen bleibt und in dieser Richtung — unter Vorbehalt (§. 57) — im Konkursverfahren selbst seine Befriedigung suchen muß.

Die KO. unterscheidet sich durch diese Grundsätze vollständig vom bisherigen Rechte, in welchem entweder die Absonderungsberechtigten mit den Vindikanten zusammengeworfen und beide als Separatisten, die letzteren ex jure dominii, die ersteren ex jure crediti[1]) behandelt wurden, oder aber die

---

*) 1. Aufl. S. 416.

1) Siehe oben S. 112 und 434.

Absonderung völlig verschwand, die Berechtigten einfach als Konkursgläubiger erklärt und ihnen nur ein Vorzugsrecht gewährt wurde. Die begriffliche Unrichtigkeit und die praktischen Nachtheile dieser Vermengung liegen am Tage[2]).

Der folgende Titel stellt nun fest, für welche Ansprüche und an welchen Vermögensstücken ein Absonderungsanspruch besteht, und es führen die Motive die oben im Kurzen gegebenen allgemeinen Grundsätze in nachstehenden Worten näher aus: „Zwei Eigenschaften sind es, welche das Gesetz zur Gewährung eines Absonderungsanspruches verlangen zu müssen glaubt. Die rechtliche Trennung von der Konkursmasse muß unabhängig vom Konkursverfahren begründet und für Jedermann erkennbar gewesen sein. Der Konkurs bringt die vorhandenen Ansprüche nur zum Austrag. Soll daher das Absonderungsrecht nicht zur willkürlichen Bevorzugung des einen Gläubigers vor dem anderen ausarten, so muß die Forderung dasselbe in sich tragen. Der Gegenstand[3]) muß schon zur Zeit oder zufolge der Eingehung des den Anspruch auf Absonderung begründenden Rechtsverhältnisses dem allgemeinen Kreise des „Vermögens" und der allgemeinen Bestimmung, zur Berichtigung aller persönlichen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners zu dienen, entzogen und in einen abgesonderten Kreis und Zweck der ausschließlichen und vorzugsweisen Verhaftung für jene Forderung getreten sein. Und sollen die späteren Gläubiger in der Beurtheilung der Vermögenslage ihres Schuldners nicht ungebührlich getäuscht und der Kredit überhaupt nicht empfindlich verletzt werden, so muß Jedermann in der Lage gewesen sein, diese rechtliche Absonderung des Gegenstandes thatsächlich zu erkennen."

Diese Bedingungen treffen zu:

1) bei denjenigen Gegenständen, welche aus dem allgemeinen Vermögen des Schuldners dem unmittelbaren und daher dem besonderen Befriedigungsrechte einzelner Gläubiger, der Realgläubiger unterworfen sind und welche der Titel V in den §§. 39, 40 und 41 behandelt;

2) bei den zu einer Erbschaft des Gemeinschuldners gehörigen Gegenständen, welche dem Befriedigungsrechte der Erbschaftsgläubiger zu einer Zeit unterlagen, als das Vermögen des schuldenden Erblassers noch nicht vereinigt

---

2) Die Motive erörtern sie ausführlich und trefflich zu §. 3 (II. E. S. 27 ffg.

3) In Uebereinstimmung mit dem Gebrauche der Civilprozeßordnung (z. B. §. 709, 710, 712) umfaßt die Bezeichnung „Gegenstand" die körperlichen Sachen und die sogenannten unkörperlichen Dinge. Auch eine Mehrheit von Gegenständen kann dem Absonderungsrechte unterliegen, soferne das Gesetz einem bestimmten Gläubiger an der Gesammtheit die bevorzugte Befriedigung gestattet. Dagegen ist an einer Quote der Konkursmasse ein Absonderungsrecht undenkbar. (v. Sarwey S. 307.)

war mit dem des erbenden Gemeinschuldners, worüber §. 43 die erforderliche Vorschrift gibt;

3) bei dem Antheile des Gemeinschuldners an einem ihm mit Anderen zustehenden Gemeinschaftsvermögen, soweit Gemeinschaftsforderungen der anderen Mitglieder vorhanden sind, ein Fall, welcher in §. 44 normirt wird; endlich

4) bei denjenigen Gegenständen, welche vermöge ihrer rechtlichen Beschaffenheit und Eigenthümlichkeit nicht zum „allgemeinen" Vermögen gehören, weshalb §. 45 die Lehne, Stammgüter und Fideicommisse von der Masse ausnimmt.

Was schließlich den §. 43 betrifft, so gibt dieser eine singuläre Vorschrift zur Abschneidung von Maßnahmen, welche die Umgehung des Gesetzes herbeiführen könnten.

---

§. 39.

Absonderungsrecht der Immobiliargläubiger.

Zur abgesonderten Befriedigung[a]) dienen die Gegenstände, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören[b]), insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht[c]).

Den Umfang der Immobiliarmasse, sowie den Umfang und die Rangordnung der aus derselben zu berichtigenden Ansprüche bestimmen die Reichsgesetze und Landesgesetze.

I. E. §. 47; II. E. §. 39; Pr. H. E. —; Pr. K. O. §. 31; B. P. O. § 15—20.

a. (Zur abgesonderten Befriedigung.)

Das Prinzip der Trennung der Immobiliar- von der Mobiliarmasse ist in der Gesetzgebung fast allgemein anerkannt. Dasselbe wird denn auch von der KO. in §. 39 ausgesprochen. Mehr konnte diese beim Mangel einer einheitlichen Civilgesetzgebung nicht feststellen[1]); es ist im vorstehenden Paragraphen nicht einmal bestimmt, zu wessen „abgesonderter Befriedigung" die Immobiliarmasse dienen soll[2]). „Das bürgerliche Recht[3]) und zwar

---

1) Vgl. die Ausführungen der Motive zum II. E. S. 190 ff.

2) Der I. E. hatte wenigstens den Satz: „Grundstücke des Gemeinschuldners dienen zur abgesonderten Befriedigung derjenigen, welche an ihnen ein dingliches Recht oder sonst ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung haben." Dies ist in der jetzigen Fassung der persönlichen Stylisirung entkleidet.

3) Die Motive erwähnen die „Reichsgesetze"; in dieser Materie gibt es aber zur

das am Orte der belegenen Sache[4]) geltende Landesrecht bleibt maßgebend:

1) für welche Ansprüche, in welchem Umfange und in welcher Rangordnung aus dem unbeweglichen Gegenstande eine abgesonderte Befriedigung verlangt werden könne[5]); und

---

Zeit keine solchen, da auch die Civ.-Pr.-Ord. in §. 757 nichts Anderes enthält als eine Verweisung auf die Landesgesetze.

4) Den Grundsatz des forum rei sitae spricht schon §. 18 des Reichsrechtshülfe-Ges. v. 21. Juni 1859 aus.

5) Es ist sonach auch unter der Herrschaft der neuen Konkursordnung noch möglich, daß eine generelle oder eine stillschweigende in einem öffentlichen Buche nicht eingetragene Hypothek den Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem Grundeigenthume des Gemeinschuldners gewährt. Ebenso bleiben die Rechte derjenigen Gläubiger gewahrt, welchen für ihre Forderung ein absolutes Privilegium zusteht und welche sonach auch in der Immobiliarmasse den Realgläubigern vorgehen. Gesetzt also z. B. die Landesgesetzgebung wirft alle Gläubiger zusammen und setzt die Hypothekengläubiger in die zweite Klasse, während sie eine Reihe anderer Forderungen (z. B. die Abgaben, die Begräbnißkosten, Alimente u. dgl.) in die erste stellt, so können in jedem Konkurse diese letzteren Gläubiger sich bei der Immobiliarmasse melden und abgesonderte Befriedigung noch dazu vor den Hypotheken begehren, vorbehaltlich des ihnen nach §. 57 der KO. zustehenden Rechtes, den Ausfall auch als persönliche Gläubiger zu liquidiren. Es ist sofort ersichtlich, daß dies Verhältniß eigentlich inkorrekt ist; denn hinsichtlich der zur Absonderung bestimmten Mobilien haben die vorerwähnten Privilegien durch die KO. jede Wirksamkeit verloren, für die Immobilien aber solche beibehalten, obwohl in der Regel bisher der Hypothekengläubiger in der II. Klasse, die Mobiliarpfandberechtigten aber erst in der III. Klasse rangiren. Es muß daher hier meines Erachtens auf dem Wege der Partikulargesetzgebung mittelst Subhastationsordnungen ꝛc. geholfen werden und zwar wohl am richtigsten dadurch, daß außer einigen an der Sache haftenden Lasten (z. B. Steuern, Abgaben, Kaminkehrerlöhnen u. dgl.) allen sonstigen persönlichen Forderungen die Betheiligung an der Immobiliarmasse entzogen wird. Das Preußische Ausführungsgesetz vom 6. März 1879 bestimmt deshalb in §. 10: Gesetzliche Vorzugsrechte, welche nach den bisherigen Vorschriften das gesammte Vermögen des Schuldners umfaßten, bestehen in Gegenständen, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, nur insoweit, als die Forderungen, für welche sie gewährt sind, auf den Gegenstand der Zwangsvollstreckung sich beziehen. Für Bayern hat die Subhastationsordnung vom 23. Februar 1879 in Art. 108 Ziff. 1 die Forderungen bezeichnet, welchen in der Immobiliarmasse ein Vorzugsrecht gebührt. Der obigen Ansicht stimmen zu Fuchs S. 63, Stieglitz S. 251, v. Wilmowski S. 226, A. A. v. Sarwey S. 324 fg.

2) ebenso wie der Umfang der Ansprüche[6]) wird der Umfang der Immobiliarmasse selbst durch das örtliche Recht bestimmt[7])".

b. (Gegenstände, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören.)

Dieser Ausdruck soll nach den Motiven[8]) nicht dahin verstanden werden, daß alle Gegenstände, welche nach örtlichem Recht als unbewegliche Vermögensstücke erklärt sind, auch nach §. 39 zu behandeln seien. Wie derselbe lautet, bestimmt er vielmehr lediglich, daß nur über solche Gegenstände eine abgesonderte Immobiliarmasse gebildet werden soll, in welche die Exekution inhaltlich der Partikulargesetzgebung nach den Vorschriften über Immobiliarexekution zu erfolgen hat[9]). Soferne dies nicht der Fall ist, findet §. 39 der KO. keine Anwendung, wenn auch das bürgerliche Recht das betreffende Objekt als „unbeweglich" erklären würde[10]). In zwei Richtungen nun erweitern die verschiedenen Civilgesetzgebungen den Begriff des Immobile. Sie zählen einerseits zu den unbeweglichen körperlichen Sachen[11]) mehrfach solche,

---

6) In dieser Richtung schwanken die Partikularrechte, besonders über die Frage welche Zinsenrückstände privilegirt sind.

7) Die Landesrechte sind insbesondere verschieden in Betreff der Frage, ob die zur Zeit der eingeleiteten Zwangsvollstreckung schon abgesonderten, aber noch unveräußert im Besitze des Gemeinschuldners befindlichen Früchte zur Immobiliarmasse gehören. Kontrovers ist ferner, wie weit sich das dingliche Recht der Hypothek sofort auf die Feuerversicherungs-Entschädigung erstreckt.

8) Zum II. E. S. 194.

9) Auch der §. 757 der Civ.-Pr.-Ord. sagt nicht: Der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind alle von der Landesgesetzgebung als Immobilien erklärte Gegenstände unterworfen; sondern es heißt: „welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, bestimmt sich nach den Landesgesetzen."

10) Wenn nemlich auch die meisten Landesrechte sich darauf beschränken, zu sagen: „Der Immobiliarexekution sind alle Sachen unterworfen, welche das bürgerliche Recht als beweglich erklärt", so bestimmen doch einige Subhastations-Ordnungen: „Immobiliarexekution findet nur statt, wenn der betreffende Gegenstand Objekt einer Hypothekbestellung sein kann." In diesem Falle findet §. 49 der KO. auf solche Gegenstände keine Anwendung, welche vom bürgerlichen Rechte zwar als immobil erklärt sind, an denen aber eine Hypothekbestellung ausgeschlossen ist. Umgekehrt bestimmte die Preußische Subhastationsordnung v. 1869: Seeschiffe können nicht verhypothezirt werden, werden aber nach den Grundsätzen über Immobiliarexekution behandelt.

11) Am weitesten geht hierin das französische Recht, welches sogar die Staatsrenten und Aktien der französischen Bank als immeubles erklärt, ferner in Art 2106 und 2118 des Code civil eine Verpfändung von Grunddienstbarkeiten und Immobiliarklagen zuläßt.

welche an sich beweglich wären, z. B. die Schiffmühlen[12]), Badehütten, Marktbuden ꝛc.; anderseits ziehen sie auch Rechte unter den Begriff[13]), z. B. Prädialservituten, reale Gewerberechte (wo sie noch bestehen[14]) und Aehnliches[15]).

c. (insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht.)

I. Das Recht auf vorzugsweise Befriedigung kann sich auf den Gegenstand selbst oder nur auf die Revenue beziehen. Es kann durch Verkauf oder nur durch Zwangsverwaltung realisirbar sein. Es kann entstehen durch die Hypothezirung oder durch Besitzübertragung[16]) oder in anderer

---

12) Die großen Schiffmühlen in der Donau waren (meiner Erinnerung nach) in Bayern sogar im Hypothekenbuche eingetragen. Schiffmühlen stellt auch §. 59 des Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches den Grundstücken gleich, der Code civil dagegen erklärt sie für beweglich. Windmühlen gehören nach einer Entscheidung des Berl. Obertr. v. 18. Juli 1864 (Entsch. Bd. 52 S. 153) zu den Immobilien.

13) Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch rechnet (§. 60) zum unbeweglichen Vermögen die Rechte an unbeweglichen Sachen mit Ausnahme der Hypotheken. Das Bayerische Hypothekengesetz von 1822 beschränkt die Rechte, an denen Hypothek bestellt werden kann, auf die „fruchtbringenden dinglichen Rechte, die mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen." Hinsichtlich der Forderungen besteht im Gemeinen Rechte eine Kontroverse; ein Theil der Rechtslehrer, davon ausgehend, daß dieselben auf eine Handlung gehen, rechnen sie stets zu den Mobilien; andere sehen auf das mittelbare Objekt, auf das Objekt der Handlung; betrifft dieses ein Immobile, so ist die Forderung selbst immobil. (Vgl. Windscheid, Pandekten §. 139 Note 5.) Das Preußische L. R. sagt (Th. I Titel 2 §. 7 und 8): „Rechte werden als bewegliche Sachen betrachtet; wenn aber die Befugniß zur Ausübung eines Rechtes mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden ist, so ist das Recht selbst als eine unbewegliche Sache anzusehen."

14) In Hamburg z. B. die Barbierämter, die Schlachterblöcke, die Goldschmieden.

15) Besonders heben die Motive die Kure hervor. Daß das „Bergwerk" selbst, das heißt der im Berge benützte Grund und Boden, ein Immobile ist, wird klar sein; allein dieser Grund und Boden ist gewöhnlich nicht im Eigenthum des Bergwerksbesitzers; dieser hat nur das Recht, Mineralien zu graben, und ob dieses Recht, noch mehr aber der Antheil des Einzelnen an der Berggerechtigkeit (der Kur) immobile Natur hat, wird verschieden in den einzelnen Gesetzgebungen normirt. Vgl. hierüber Motive zum I. E. 1. Band S. 256 ff.

16) Allerdings lassen die neueren Partikularrechte nur eine Haftung von Immobilien in Folge der Hypothezirung und Eintragung derselben in das öffentliche Buch zu; Pfandhaftung der Liegenschaften mittelst Besitzübertragung findet regelmäßig nur bei der richterlichen Immission statt. Wo indessen im

Weise. In allen diesen Richtungen bleibt es bei dem bisherigen Rechte. Hiebei ist besonders noch die Frage von Bedeutung, wie es zu halten ist, wenn in diesem bisherigen Rechte auf konkursrechtliche Bestimmungen verwiesen wird. Ich glaube nicht, daß ohne Weiteres an deren Stelle die Bestimmungen der Reichskonkursordnung treten[17]); vielmehr wird zu unterscheiden sein, ob die in Bezug genommene landesgesetzliche Norm zum Gesammtsysteme der Immobiliarexekution gehört oder ob sie reines Konkursrecht betrifft. Nur im letzteren Falle wird sie auch für die Behandlung der separirten Immobiliarmasse[18]) durch die neue konkursrechtliche Vorschrift surrogirt[19]).

II. Es ist denkbar, daß derjenige, welcher nach §. 51 Nr. 2, §. 52 und §. 54 Nr. 1, 2 und 3 Befriedigung aus der Masse fordern kann, nach dem Landesrechte auch abgesonderte Befriedigung aus den Immobilien verlangen darf. Hier ist es dann in seine Wahl gestellt, wo er zuerst beginnen will; nur kann er nicht doppelte Befriedigung in Anspruch nehmen. Fraglich ist, ob der Verwalter, wenn er die Forderung aus der Masse getilgt hat, an Stelle des Berechtigten seinerseits sich an die Immobilien halten kann.

Civilrechte eine Bevorzugung des vertragsmäßigen Nutzungspfandes an Immobilien noch anerkannt wird, ist solches durch §. 39 der KO. aufrecht erhalten.

17) Denn §. 4 des Einf.-Ges. läßt die Aufhebung aller landesgesetzlichen Vorschriften im Konkursgebiete dann nicht eintreten, wenn in der Konkursordnung auf sie verwiesen wird. Da nun §. 39 hinsichtlich der Immobiliarmasse auf die Landesgesetze verweist, verweist er implizite auch auf die Verweisungen in den Landesgesetzen.

18) Ueber die Kostenvertheilung zwischen dieser und der allgemeinen Konkursmasse vgl. auch die Erk. des ROHG. vom 25. Februar und 25. Mai 1873 in Bd. IX S. 91 und 224.

19) Sicherer wird es daher immerhin sein, wenn die Partikulargesetzgebung ihr bisheriges Recht durchsieht und neu ordnet. Für Bayern ist daher durch das bereits mehrfach citirte Gesetz vom 23. Februar 1879 zur Ausführung der Reichscivilprozeßordnung und Konkursordnung, sowie durch das Gesetz vom gleichen Datum betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen Geldforderungen in hinreichender Weise geschehen.

§. 40.

Absonderungsrecht der Faustpfandgläubiger.

Gläubiger, welche an einer beweglichen körperlichen Sache[a]), an einer Forderung[b]) oder an einem anderen Vermögensrechte[c]) des Gemeinschuldners ein Faustpfandrecht haben[d]), können aus den ihnen verpfändeten Gegenständen abgesonderte Befriedigung[e]) wegen ihrer Pfandforderung[f]) verlangen, zunächst[g]) wegen der Kosten[h]), dann wegen der Zinsen[i]), zuletzt wegen des Kapitals.

I. E. §. 48; II. E. §. 40; Pr. H.E. — Pr. K.O. §. 32, 263, 264; B. P.O. §. 21 Ziff. 1.

a. (an einer beweglichen Sache).

Was als bewegliche Sache anzusehen sei[1]), entscheidet das Landesrecht[2]). Das dem Faustpfandrechte an Mobilien adäquate Nutzungspfand an Immobilien, das heißt, die Besitzübertragung einer Liegenschaft an den Pfandgläubiger beurtheilt sich nach §. 39. (Siehe vorvorige Seite, Note 16).

b. (an einer Forderung).

Der Ausdruck „Faustpfandrecht an einer Forderung" ist sonst nicht üblich; denn beim Faustpfand ist Voraussetzung[3]): Besitz der Sache, den es bei Forderungen nicht gibt. Indessen ist ein Mißverständniß darüber nicht wohl möglich, daß das Gesetz, indem es das obige Wort gebraucht, als Kriterium „die unmittelbare Herrschaft des Pfandgläubigers über das Pfandobjekt", sei dieses nun Sache, Forderung oder Recht, im Sinne hat. (Vgl. lit. d.)

c. (an einem anderen Vermögensrechte).

Man führt im Gemeinen Rechte als Objekt der Verpfändung auf: Nießbrauch, Superfizies und Emphyteuse und vor Allem das Pfandrecht selbst.

---

1) Ebenso in wieweit bewegliche Sachen vermöge ihrer Pertinenzqualität von der Hypothek auf das Immobile, zu dem sie gezogen sind, der Immobiliarmasse zufallen. (Vgl. auch oben, S. 495.) Eine interessante Anwendung hievon ist in dem Urtheile des Münchener obersten Gerichtshofes vom 20. November 1882 (in der bei Palm und Enke erschienenen Sammlung Bd. IX S. 757) über den Rang zwischen Pfändungsgläubigern und Hypothekgläubigern enthalten.

2) Die Gründe, weshalb das Mobiliarpfandrecht in Bezug auf das Absonderungsrecht nicht wie die Immobilien-Separation der Partikulargesetzgebung überlassen wurde, ist schon dargelegt in den Motiven (zum II. E. S. 195).

3) Vgl. z. B. Windscheid, Bd. I §. 234; Seuffert S. 258.

Es wird eben auch hier, wie bei der Frage, was zur Masse zu ziehen sei, auf die Veräußerlichkeit ankommen. Vgl. oben S. 60 ff.

d. (ein Faustpfandrecht haben).

I. Man unterscheidet allgemein zweierlei Haftung einer Sache für die Forderung, je nachdem dieselbe entweder lediglich rechtlich gebunden oder aber faktisch dem Forderungsberechtigten zur Disposition gestellt wird. Das erstere Verhältniß heißt Hypothek, das letztere Faustpfandrecht. Das Römische Recht erachtete diese beiden Formen in ihrer Wirkung völlig gleich[4]); die deutsche Rechtsanschauung aber hat sich diesem Systeme nie anschließen können. Denn ihr widerstrebt es, einen dinglichen Charakter, welcher gegen jeden Dritten wirken soll, ohne den Schutz der Publizität zu gewähren. Eine Klage aus der Verletzung des an einer Sache haftenden Rechtes[5]) ist billigerweise nur dann zuzugestehen, wenn, wie G. Lenz[6]) sich ausdrückt, „die vom dinglichen Rechte durchfaserte Sache den Charakter der Dinglichkeit an der Stirne trägt, so daß der diese Dinglichkeit Verletzende entweder sie gekannt hat oder bei einiger Sorgfalt hätte kennen müssen." Wie man bei dem persönlichen Rechte mit dem Einen, der uns zu einer Leistung verpflichtet werden soll, die obligatio eingeht und ihm damit das ihm obliegende Thun zu wissen macht, so muß man beim dinglichen Rechte Jedem Dritten zu wissen machen, welches Nichtthun ihm obliegt, und dies geschieht durch die Oeffentlichkeit, dadurch, daß die Dinglichkeit nur in Verbindung mit der Publizität zugelassen wird[7]).

Die Oeffentlichkeit wird erzielt durch gerichtliche Eingehung der Rechtsgeschäfte[8]), durch Bekanntmachungen[9]), durch Einschreibung in öffentliche

---

4) Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt. fr. 5 §. 1 D de pignoribus et hypothecis (20, 1).

5) Anders bei der Klage aus persönlichem Rechte. Der einer solchen Klage Unterworfene hat seit Eingehen der obligatio gewußt oder wissen müssen, was er zu leisten hat; es liegt ihm ob, Etwas zu thun, und er hat sich von vorneherein hiezu verpflichtet. Das dingliche Recht dagegen stellt eine negative Pflicht für alle auf, es verbietet jedem Dritten, Etwas zu thun, und damit dieser Dritte haftbar wird, muß er wissen, was er nicht zu thun hat.

6) In seinen „Studien und Kritiken" (Greifswalde 1847) S. 9 u. 10.

7) Ich habe diese Grundsätze in meiner 1857 erschienenen Schrift über „Die Form der Rechtsgeschäfte" erörtert und kann mich nur freuen, daß die sowohl im A. D. HGB. wie in der KO. nunmehr adoptirten Principien meine damals ausgesprochenen Ansichten als berechtigte erscheinen lassen.

8) Auflassung u. dgl., z. B nach dem Rechtsbuche von München 1347 „vor offener Schranne".

9) Im Solms'schen Landrechte von 1571 Tit. XI z. B. ist bestimmt, daß jeder

Bücher[10]) u. s. w., doch werden diese Maßnahmen in der Regel nur noch bei Immobilien für zweckmäßig erachtet. Für Mobilien ist die Publizität in das Moment des Besitzes gelegt; kurz gesagt: man geht davon aus: nur wer die physische Herrschaft über eine Sache hat, dem muß man im Verkehre auch zutrauen dürfen, daß er rechtlich über die Sache verfügen kann — en fait des meubles possession vaut titre. Der Dritte, der im Vertrauen auf die beim Besitzer einer Sache sich den Augen darstellende Herrschaft über die Sache mit diesem Besitzer sich einläßt, verletzt kein Recht und gegen ihn kann daher eine dingliche Klage nicht stattfinden. Umgekehrt aber kann derjenige, welcher eine Sache nicht in Händen hat, von dem Dritten nicht verlangen, daß er sein latentes dingliches Recht, das man der Sache selbst nicht ansehen kann, beachten, daß er sich an Etwas, das er nicht weiß und nicht wissen kann, im Verkehre halten soll.

Diesen Grundsatz[11]) befolgt die KO. denn auch bezüglich der Haftung einer Sache für abgesonderte Befriedigung. „Ein Vorzugsrecht und damit im Konkurse ein Absonderungsrecht kann" — so sagen die Motive — „das Gesetz nur denjenigen Ansprüchen einräumen, deren unmittelbares und ausschließliches Verhältniß zur Sache Jedermann und insbesondere den übrigen Gläubigern erkennbar ist." Eine solche Erkennbarkeit gewährt aber eine blos juristische Verhaftung der Sache in keiner Weise; von demjenigen, was der Schuldner selbst in Händen hat, vermuthet man, daß es ihm gehöre, und man kann ihm nicht ansehen, was darüber durch einen Vertrag verfügt ist. Deshalb verleiht die KO. eine Befugniß zur Absonderung von Mobilien nicht für die Hypothek[12]), sondern nur für das Faustpfand[13]).

II. Im Uebrigen läßt die KO. die Voraussetzungen unberührt, welche das Civilrecht für die Gültigkeit der Bestellung eines Faustpfandes fordert.

Verkauf von Grund und Boden entweder an drei Sonntagen von der Kanzel zu verkündigen oder schriftlich durch Anschlag an die Kirchenthüre zu publiziren ist.

10) Nicht blos bei Immobilien; nach fürstlich Kemptischen Rechten z. B. waren alle persönlichen Forderungen, die im sog. „Todtenbuche" eingetragen waren, privilegirt.

11) Anerkannt in Art. 306 des A. D. HGB.

12) Es trifft dieser Ausschluß alle Arten der Immobiliar-Hypothek: die speziellen und generellen; die gesetzlichen, richterlichen und vertragsmäßigen, die stillschweigenden wie die in einer öffentlichen oder Privaturkunde errichteten.

13) Was die „Kautionen" betrifft, so gilt auch für diese der obige Grundsatz; eine blos schriftlich bestellte Kaution gewährt kein Absonderungsrecht. Wohl aber kann sich der Berechtigte mit Ausschluß der übrigen Gläubiger an die Kaution „halten", wenn er sie in Handen hat.

Wer die Fähigkeit das Seinige zu verpfänden habe[14]) und welche Gegenstände etwa nicht verpfändet werden können, ist nach dem maßgebenden bürgerlichen Rechte zu bemessen[15]). Ebenso richtet sich die Beantwortung der Frage über die Gültigkeit des Pfandtitels nach dem Landesrechte. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken:

Der Pfandtitel ist entweder ein gesetzlicher oder ein richterlicher, oder er beruht auf Privatwillkühr, und diese letztere Bestellung erfolgt entweder durch letztwillige Verfügung oder Vereinbarung. Was die gesetzlichen Titel betrifft, so wird von diesen in §. 41 der KO. zu handeln sein. Von den durch richterliche Verfügung entstehenden Pfandrechten ist das sog. pignus praetorium[16]) ohnehin nicht mehr üblich; der Fall einer Entstehung bei der Theilungsklage[17]) ist, weil damit Besitzübertragung nicht verbunden, zur Gewährung eines Absonderungsrechtes nicht genügend. Sonach bleiben nur die Fälle der richterlichen Zwangsvollstreckung. Von dieser handelt aber speziell der §. 41 Ziffer 9.

Was nun die Pfandbestellung durch Privatwillkür betrifft, so wird durch diese das Pfand entweder neu errichtet oder nur ein bereits bestehendes Pfandrecht auf einen Andern übertragen. In allen diesen Beziehungen hat die KO. keine Aenderung des bestehenden Rechtes geschaffen. Sie läßt hierin die bisherigen bürgerlichen Gesetze in Kraft. Es ist also die Frage, was zu einer gültigen letztwilligen Verfügung erfordert wird, durch welche ein Pfandrecht eingeräumt werden will, ebenso wie die Frage, an welche Formen die Vereinbarung über eine Pfandbestellung oder Pfandübertragung geknüpft ist, lediglich nach dem maßgebenden Civilrechte zu entscheiden. Folgendes wäre etwa hervorzuheben:

Nach Gemeinem Rechte und nach Bayerischem Landrechte[18]) ist

---

14) Hienach entscheidet sich denn auch die Frage, wer vorzugehen hat, wenn das Faustpfand an einem Pertinenzstücke, das bereits Hypothekbestandtheil ist, bestellt war. Insoweit nicht landesgesetzlich der Grundsatz Anerkennung gefunden hat „Hand muß Hand wahren", geht das Absonderungsrecht des älteren Hypothekgläubigers demjenigen des jüngeren Faustpfandberechtigten vor.

15) Es gibt verschiedene landesgesetzliche Bestimmungen, welche die Verpfändung gewisser Sachen — auch abgesehen von denjenigen, die überhaupt extra commercium sind — verbieten. Diese bleiben in Kraft.

16) Dasselbe hängt mit der altrömischen missio in bona zusammen, vgl. Seuffert, Pandekten Bd. I S. 265.

17) Es wird hier supponirt, daß der Richter dem Einen Theilhaber die Sache überläßt, aber ihm eine Abfindung auferlegt, und hiefür dem anderen auf der dem ersten adjudizirten Sache ein Pfandrecht zuspricht.

18) Wie die Motive in einer Note bereits anführen, auch im Sächsischen bürg.

eine bestimmte Form für den Pfandvertrag nicht vorgeschrieben; desgleichen sind nach Art. 309 des A. D. HGB. die im bürgerlichen Rechte etwa vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht erforderlich, wenn unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften ein Faustpfand an beweglichen Sachen, an Papieren auf den Inhaber oder an indossablen Papieren bestellt wird.

Nach Preußischem LR.[19]) unterliegt der Hauptvertrag, zu dessen Sicherheit das Pfand dienen soll, den allgemeinen Formvorschriften[20]); nachdem aber bei erfolgender Uebergabe der Sache auch die formlose Pfandbestellung gültig wird und im Konkurse ohne diese Uebergabe überhaupt die Verpfändung wirkungslos bleibt, so gehört auch das Gebiet des Preußischen Rechtes zu obiger Gruppe. Eine Förmlichkeit ist daher eigentlich für den Vertrag selbst nur mehr nach Württembergischem[21]) und Hannoverischem[22]) Rechte, und soweit der Code civil[23]) Geltung hat, nach diesem erforderlich.

III. Es ist oben (S. 500) bemerkt, es gehöre zum Begriffe des „Faustpfandrechtes", daß das Pfandobjekt nicht blos rechtlich verhaftet, sondern faktisch der Disposition des Forderungsberechtigten unterworfen sei. Aus §. 40 der KO. ist dies allerdings nicht zu entnehmen; allein die §§. 14, 15 und 16[24]) des Einführungsgesetzes stellen dieses Prinzip auf und erläutern dasselbe in allen Einzelnheiten[25]), weshalb hierauf zu verweisen ist.

Gesetzbuche §. 466, 499, 502 und der Bremer Handfestenordnung von 1860 §. 122 ff.

19) Pr. LR. Th. I Tit. 20 §. 94.

20) Schriftlichen Abschluß z. B. bei einem Objekte im Werthe von mehr als 50 Thaler (Th. I Tit. 5 §. 131).

21) Württembergisches Pfandgesetz von 1825 schriftliche Verpfändung nach Art. 113, 245, 248.

22) Hannoveranisches Gesetz v. 1864 §. 43 schriftliche Pfandbestellung.

23) Code civil art. 2074 verlangt: un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré — en matière excédant la valeur de cent cinquante francs.

24) Der §. 17 des Einf.-Ges. enthält nur eine der Landesgesetzgebung ertheilte Befugniß, Bestimmungen gewisser Art zu treffen, trifft sie aber nicht selbst und gehört daher nicht hieher.

25) Würde das Faustpfandrecht überhaupt nach dem im Texte gegebenen Principe geregelt worden sein, so würden die Vorschriften hierüber allerdings in das Einführungsgesetz gehören. Da dies aber nicht der Fall ist, sondern nur das Absonderungsrecht im Konkurse gemeint ist, hätten diese Vorschriften in die KO. gehört, wie Dr. Goldschmidt mit Recht in der Kommission bemerkte. Vgl. K.-Prt. S. 39 u. 138.

e. (abgesonderte Befriedigung).

Nach den §§. 110 und 117 der KO.

f. (Pfandforderung).

Nur für die Pfandforderung kommt dem Gläubiger das Absonderungsrecht zu. Zwar ist es nach Gemeinem Rechte kontrovers, nach Französischem Rechte aber angenommen, daß der Pfanderlös dem Gläubiger auch für anderweitige Forderungen, die er gegen den Schuldner hat, zur Deckung diene. Aber immer nur außerhalb des Konkurses; denn nach eröffnetem Konkurse erscheint ein solches Recht unbegründet [26]) und wird, soweit zweckmäßig, durch das Retentionsrecht des A. D. HGB. (Art. 313) vollständig ersetzt.

Was als „Pfandforderung" anzusehen sei, darüber entscheidet das einschlägige bürgerliche Recht [27]). Hienach wird außer für das Kapital auch für vertragsmäßige [28]) und Verzugszinsen und eine etwa verabredete Konventionalstrafe [29]) das Absonderungsrecht [ziemlich nach allen Rechten [30])] geltend gemacht werden können [31]). Auch der Ersatz für Verwendungen und

26) Die Motive zum I. E. Bd. I S. 273 erörtern die Frage, ob dieses (sog. Gordianische) Privileg beizubehalten sei, und führen gegen dasselbe mit Grund an: „der Schuldner allenfalls würde dolos handeln, wenn er dem Pfandgläubiger eine Sache würde absfordern lassen, welche dieser bei Einklagung seiner anderen persönlichen Forderung dem Schuldner doch wieder würde abpfänden können. Aber die Konkursgläubiger sind nicht Rechtsnachfolger des Schuldners; die Eröffnung des Konkurses verleiht ihnen den Anspruch auf gemeinschaftliche Vertheilung des gesammten Vermögens des Schuldners auf alle persönlichen Forderungen; ihnen gegenüber kann der wegen seiner Pfandschuld befriedigte Gläubiger wegen persönlicher Forderungen keinen Vorzug beanspruchen."

27) Welches örtliche Recht? — erörtert mit gewohnter Schärfe und Klarheit v. Sarwey im Kommentar (S. 283 ff.) 338 ff. Ich kann nur auf diese Ausführungen hinweisen.

28) Puchta, Vorlesungen (zu §. 204), will dies nur anerkennen, wenn das Pfand für dieselben ausdrücklich bestellt ist.

29) Auch hier ist Puchta der Ansicht, daß nicht ipso jure diese Erweiterung eintrete, sondern die Verpfändung hiefür ausdrücklich stipulirt sein müsse.

30) Nach Gemeinem Rechte wird übrigens gefordert, daß sowohl das Zinsversprechen als auch die Verabredung der Konventionalstrafe schon vor der Verpfändung bestanden haben müssen. Vgl. Seuffert, Pandekten Bd. I S. 276.

31) Ich kann v. Sarwey a. a. O. S. (298) 354 nicht beistimmen, wenn er diejenigen konkursrechtlichen Bestimmungen, welche eine Beschränkung der Zinsforderungen enthalten, z. B. die Bayer. Pr.-O. von 1822 §. 29 Abs. 3, als noch geltend ansieht, vgl. unten lit. i. Meiner Ansicht sind Wengler S. 308 und v. Wilmowski S. 232.

Auslagen auf die Pfandsache gilt allgemein als zum Inhalt der „Pfandforderung“ gehörig. Endlich ist zu bemerken, daß, falls sich die ursprüngliche Forderung verändert [32]), das Pfandrecht dieser Veränderung folgt und also der Absonderungsberechtigte auch für die verwandelte Forderung seinen Anspruch behält.

g. (zunächst).

Dieser Ausdruck ist nicht als zeitliche Bestimmung aufzufassen, sondern als materielle Rechtsvorschrift, das heißt: der Gläubiger hat nicht verschiedene aufeinanderfolgende Befriedigungen zu erwarten, so daß er vorerst nur Exekution wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen und später wegen des Kapitals begehren müßte, sondern der Akt der Befriedigung ist ein einheitlicher und die im Gesetze enthaltene Reihenfolge erhält nur Bedeutung, soferne der Erlös aus dem Absonderungsrechte nicht zureichend ist. In diesem Falle gelten zuerst die Kosten, dann die Zinsen als getilgt und vom Kapital ist lediglich der verbleibende Rest abzuziehen.

h. (wegen der Kosten).

Unter diesen Kosten sind diejenigen zu verstehen, welche auf die Versilberung des Pfandobjektes erwachsen. Andere Kosten rechne ich nicht hieher, soferne nicht das Pfand von vorneherein für sie genommen wäre. Z. B. A schuldet dem B 1000 Mark; da B nicht gutwillig zahlt, so klagt A ihn ein und der Rechtsstreit endet durch Vergleich, indem A dem B 6 Monat Frist gewährt, B dem A aber eine Aktie der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank für seine Schuld von 1000 Mark verpfändet. B geräth vor Ablauf der 6 Monate in Konkurs und nun macht sich A aus der verpfändeten Aktie bezahlt. Hier fallen die ihm seinerzeit im Prozeß erwachsenen Kosten nicht unter den §. 40 der KO.; wohl aber wäre dies natürlich dann der Fall, wenn seinerzeit im Vergleiche die Aktie für die ursprüngliche Schuld und die Prozeßkosten ausdrücklich verpfändet worden wäre. Zweifelhaft ist nur, ob der Absonderungsberechtigte auch jene Kosten vorweg nehmen darf, welche ihm durch die Geltendmachung des Absonderungsrechtes etwa erwachsen sind [33]), oder ob hier §. 56 Abs. 2 der KO. analog anzuwenden wäre. Indessen scheint mir doch mit Rücksicht auf die Stelle der Motive, welche ich unten (Note 34) anführen werde, daß diese Kosten (welche ohnehin immer nur unbedeutend sein können) unter die am Anfange dieser Erläuterung erwähnten Kosten der Versilberung des Pfandobjektes im weiteren Sinne zu subsumiren sind.

---

32) Z. B. in eine Forderung auf das Interesse sich verwandelt (Windscheid, Pandekten Bd. I S. 723 Note 1).

33) Durch die Anzeige nach §. 108, durch die Vorzeigung nach §. 110 u. s. w.

i. (dann wegen der Zinsen).

Diese Bestimmung ist eine besondere Begünstigung der Absonderungsberechtigten. Denn nachdem diese für ihren Ausfall sich an die Konkursmasse halten können, nach §. 56 Nr. 1 der KO. aber als Konkursforderung die seit Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen nicht liquidirt werden können, so gewährt die Vorabrechnung aller Zinsen, bevor eine Tilgung des Kapitals angenommen wird, den Vortheil, daß der Absonderungsberechtigte auch solche Zinsen erhält, die er im Konkurse nicht anmelden kann. Nachdem das Gesetz den Ausdruck „Zinsen" allgemein gebraucht, fallen vertragsmäßige und Verzugszinsen darunter. Hinsichtlich der ersteren wieder die rückständigen und die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden; und bei den rückständigen ohne Rücksicht auf die Zeit [34]). Natürlich nur insoweit nicht eine Verjährung eingetreten ist, worüber das bürgerliche Recht maßgebend ist [35]).

Zu bemerken ist noch mit Rücksicht auf das unter lit. f Erörterte, daß, wenn im betreffenden bürgerlichen Rechte [36]) die Haftung des Faustpfandes für die Zinsen überhaupt ausgeschlossen wäre, dann auch das Absonderungsrecht sich nicht auf diese erstrecken würde. Diejenigen Bestimmungen im bürgerlichen Rechte aber, welche zwar die Haftung für Zinsen im Allgemeinen zulassen, eine solche aber im Konkurse oder anderen Gläubigern gegenüber entweder unbedingt [37]) oder für gewisse Rückstände [38]) ausschließen, sind nicht nur durch den unbeschränkten Ausdruck „die Zinsen" im §. 40 der KO. (vgl. auch die Motive hiezu), sondern insbesondere durch §. 4 des Einf.-Ges. aufgehoben.

---

34) Im I. E. §. 48 war noch eine Beschränkung für ein Jahr enthalten. Die legislativen Gründe für Beseitigung dieser Bestimmung sind in den Mot. zum II. E. S. 207 enthalten.

35) Vgl. unten §. 55 Nr. 3.

36) Mir ist aber ein solches nicht bekannt.

37) Z. B. die von den Motiven citirte Lippe'sche Verordnung v. 8. Mai 1786.

38) Z. B. die Bayer. Prior.-Ordn. v. 1822 §. 29 Abs. 3 u. 4.

§. 41.

Gesetzliche Pfandrechte.

Den Faustpfandgläubigern stehen gleich[a]):

1) die Reichskasse, die Staatskassen und die Gemeinden, sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen;
2) Verpächter wegen des laufenden und des rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, in Ansehung der Früchte des Grundstückes und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;
3) Pächter in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventars wegen der Forderung für dieses;
4) Vermiether wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethverhältnisse, in Ansehung der eingebrachten Sachen, sofern die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;
5) Gastwirthe wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirthung des Gastes, in Ansehung der von demselben eingebrachten, von ihnen zurückbehaltenen Sachen;
6) Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen, in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten, noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen;
7) diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des, den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung, in Ansehung der zurückbehaltenen Sache;
8) diejenigen, denen nach dem Handelsgesetzbuche an gewissen Gegenständen ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in Ansehung dieser Gegenstände;
9) diejenigen, welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Gegenstände.

I. E. §. 49; II. E. §. 41; Pr. H. E. Art. 915; Pr. KO. §. 33; Bayr. Pr. O. §§. 21 u. 23.

a. (Den Faustpfandgläubigern stehen gleich).

I. Der §. 41 der KO. behandelt die gesetzlichen Pfandrechte an

einzelnen Mobilien[1]). Ihr Vorrecht ist in der Beschaffenheit der Forderung begründet; das Gesetz räumt nur solchen Gläubigern das Recht zur abgesonderten Befriedigung aus einer Sache ein, deren Ansprüche in einer unmittelbaren Beziehung zu dieser bestimmten Sache stehen. Indem aber der Eingang des §. 41 sich des Ausdruckes bedient, daß die in den folgenden 9 Ziffern aufgeführten Gläubiger den „Faustpfandgläubigern gleich stehen", will nicht blos das gleiche Recht sondern auch die gleiche Pflicht derselben mit den Faustpfandberechtigten festgestellt werden. Insbesondere also müssen diese Gläubiger, soferne sie das Absonderungsrecht beanspruchen wollen, die Voraussetzung des Faustpfandes erfüllen, sie müssen die Sache, an welcher sie ein Recht ausüben wollen, selbst oder durch einen Dritten in Besitz haben; denn Legalhypotheken, Absonderungsrecht ohne äußere Erkennbarkeit, gibt es nicht. Was also durch §. 41 dem §. 40 gegenüber ersetzt wird, ist nicht der Besitz, sondern der Rechtstitel; der Absonderungsberechtigte kann sich, auch wenn er eine der in §. 41 genannten Personen ist, nur dann an die Sache halten, wenn er sie in Händen hat. Allein während der gewöhnliche Pfandgläubiger dies nur dann zu thun befugt ist, wenn es ihm von vornherein der Schuldner rechtsgiltig zugesichert hat, gestattet den in §. 41 genannten Gläubigern solches das Gesetz auch ohne Zustimmung, ja selbst wider den Willen des Schuldners.

II. Die Gleichstellung mit den Faustpfandgläubigern bewirkt ferner, daß die Bestimmungen über den Gegenstand des Faustpfandes auch für die in §. 41 aufgeführten Absonderungsrechte gelten[2]). Zwar ließe sich aus dem Umstande, daß in den einzelnen Ziffern des soeben citirten Paragraphen stets nur der Ausdruck „Sache" wiederkehrt, eine Beschränkung der Absonderung auf res corporales folgern. Allein obwohl nicht verkannt werden kann, daß es im praktischen Leben in den hier bezeichneten Fällen fast immer nur bewegliche körperliche Sachen sein werden, welche in die Detention des Gläubigers gelangen, welche „eingebracht" oder „zurückbehalten" sein werden[3]), so glaube ich doch nicht, daß man, falls die faktische Voraussetzung bei einem anderen Gegenstande einmal zutreffen sollte, die Anwendbarkeit des Absonderungsrechtes ausschließen könnte. Jedenfalls wird man, sobald ein Forderungsrecht an den Besitz einer Urkunde geknüpft ist, einem

---

1) Die Generalpfänder des Gemeinen Rechtes, die gesetzlichen Vorzugsrechte am gesammten Vermögen des Schuldners, deren man acht (Seuffert, Pandekten Bd. I §. 200) oder zehn (Windscheid Pand. Bd. I §. 232) verschiedene zählt, sind mit den Grundsätzen des modernen Verkehrs völlig unvereinbar.

2) Theilweise anderer Meinung ist v. Sarwey S. (300). 357.

3) Einen „Nießbrauch" z. B. führt man nicht im Koffer mit sich und bringt ihn in die Gastwirthschaft mit.

der in §. 41 Ziff. 1—9 bezeichneten Gläubiger, welcher die Urkunde in Händen hält, die Befugniß, seinen Anspruch vorzugsweise aus der Forderung des Schuldners zu befriedigen, nicht absprechen können.

Auch in Betreff der Frage, ob das gesetzliche Pfandrecht das Eigenthum des Schuldners voraussetzt, entscheidet die Gleichstellung mit dem Faustpfandrechte[4]). Sachen, welche nicht demjenigen gehören, welcher sie z. B. auf das gemiethete Grundstück eingebracht hat, werden in allen Fällen vom Absonderungsrechte des Vermiethers oder Verpächters ergriffen, in welchem auch die vertragsmäßige Verpfändung des Inhabers ein Pfandrecht begründet hätte. Wann dieß der Fall, darüber ist das betreffende Civilrecht maßgebend. Nach Gemeinem Rechte[5]) erwirbt der Gläubiger durch die Verpfändung des Nichteigenthümers zwar jedenfalls dem Verpfänder gegenüber, aber nur unter Umständen gegen Dritte und gegen den wahren Eigenthümer gewisse Rechte[6]). Weiter aber geht bekanntlich das A. D. HGB., welches in Art. 306 und 307 dem redlichen Gläubiger auch dem wahren Eigenthümer gegenüber ein Pfandrecht gewährt.

III. Eine weitere Folge der Gleichstellung der im §. 41 genannten Gläubiger mit den Faustpfandgläubigern ist, daß ihnen das Recht der Absonderung in demjenigen Umfange gewährt ist, wie ihn der §. 40 festsetzt, und daß auch für sie dieselbe Reihenfolge der Befriedigung eintritt; die „eingebrachten“ oder „zurückbehaltenen“ Sachen haften also wie die „verpfändeten“ zuerst für die Kosten, dann für die Zinsen, zuletzt für das Kapital. Anderseits aber haben solche gesetzliche Pfandgläubiger auch die Pflichten der übrigen[7]); sie haben nur nach §. 57 der KO. Anspruch an die gemeine Masse, sie haben die Pflicht zur Anzeige nach §§. 108 ff., zur Gestattung der Abschätzung und des Zwangsverkaufes nach §§. 110 und 117, zur Geltendmachung des Absonderungsanspruches nach §. 141, und so weiter.

Indessen darf die Gleichstellung, deren wir bisher erwähnt haben, ohn=

4) Die Motive zu II. E. (S. 210) behandeln diese Frage ganz kurz beim Rechte des Vermiethers und Verpächters und sagen: „ob sich das Pfandrecht auch auf die nicht dem Gemeinschuldner, sondern einem Dritten gehörigen Sachen erstreckt, liegt außerhalb des Konkursrechtes und bestimmt sich lediglich nach dem bürgerlichen Rechte“. v. Wilmowski S. 233 spricht sich in anderem Sinne aus; er sagt: „von den Absonderungsrechten werden nach §. 41 (wie nach §. 40) nur Sachen des Gemeinschuldners betroffen, welche allein zur Konkursmasse gehören und den Vorschriften der KO. hinsichtlich der Befriedigung aus derselben unterliegen.“

5) Seuffert, Pandekten I Bd. I §. 197; Windscheid, Pand. Bd. I §. 230 Nr. 3.

6) Dieselben Grundsätze finden sich im Pr. LR. Th. I Tit. XX §. 15 ff. und Bayer. LR. Th. II Kap. VI §. 8.

7) Motive zum II. E. S. 217.

geachtet des allgemeinen Ausdruckes in §. 41, nicht weiter erstreckt werden, als auf die Absonderung im Konkurse. Die KO. will nicht in das bürgerliche Recht eingreifen und indem sie sagt: „die in §. 41 Ziff. 1—9 aufgezählten Gläubiger stehen den Faustpfandgläubigern gleich", hat sie nur sagen wollen: „sie sind im Konkursverfahren wie die Faustpfandgläubiger zu behandeln[8])". Wie weit sie außerhalb des Konkursverfahrens dingliche Rechte haben, darüber entscheidet das betreffende Civilrecht[9]).

IV. Es läßt sich nun aber daran anknüpfend fragen: wie verhält es sich mit den sogenannten Kompetenzgegenständen, das heißt mit denjenigen Sachen, welche der §. 715 der Civ.-Pr.-O.[10]) als keiner Zwangsvollstreckung unterliegend erklärt? Die Beantwortung ergibt sich bereits aus dieser Definition. Nachdem das Absonderungsrecht sich immer nur mittelst einer Verwerthung der betreffenden Objekte „nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung" verwirklichen läßt (§. 117 der KO.[11]), diese aber

---

8) Sehr treffend ist diese Frage erörtert v. Sarwey a. a. O. S. (301) 358 und Petersen S. 210. Stieglitz S. 276, sowie Fuchs Conc. Pr. S. 65 stimmen mit obiger Ausführung überein. Dagegen legt Meisner S. 183 ff. unter Berufung auf die Motive den §. 41 dahin aus, „daß unter Beseitigung aller übrigen gesetzlichen Vorzugs- und Absonderungsrechte nur wegen der in §. 41 erwähnten Forderungen und an die dort gedachten beweglichen Sachen und Forderungen ein nach Landes- bezw. Reichsrecht außerhalb des Konkurses statuirtes gesetzliches Vorzugs- und Absonderungsrecht auch im Konkurse geltend gemacht werden könne." Meisner ist also der Ansicht: Erkennt das Reichs- und Landesrecht außerhalb des Konkurses diesen Forderungen kein Vorrecht zu, so sollen sie auch im Konkurse nicht berücksichtigt werden. Er citirt hiefür Hullmann S. 177 und Wilmowski S. (148) 233, allein ich glaube, diese beide Autoren wollen nichts Anderes sagen, als was ich behaupte.

9) Sei es daß nach diesem schon bisher die obigen Forderungen privilegirt waren, oder daß anschließend an die KO. die §§. 40 u. 41 als auch außerhalb des Konkurses wirksam erklärt sind. Dies findet sich im Bayerischen Gesetze (in Art. 140 des Ausführungsgesetzes vom 23. Februar 1879), im Hessischen Ausführungsgesetze Art. 41 u. 102, im Ausführungs-Ges. für Elsaß-Lothringen §. 20. Auch in Preußen finden nach §. 7 des Ausführungsgesetzes vom 6. März 1879 die Vorschriften des §. 41 außerhalb des Konkursverfahrens auf das Verhältniß der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu andern Gläubigern des Schuldners entsprechende Anwendung und für Baden ist bestimmt (in §. 21 des Gesetzes v. 3. März 1879): Besondere Vorzugsrechte auf bestimmte Fahrnißstücke genießen die in §§. 40 u. 41 der KO. aufgeführten Forderungen bezüglich der dabei bezeichneten Gegenstände.

10) Vgl. oben S. 61 ff.

11) Auch der Verkauf durch den Gläubiger selbst in den Fällen des §. 117 Abs. 2 der KO. ist nichts Anderes.

nach gesetzlicher Vorschrift an solchen Objekten wie erwähnt nicht stattfinden darf, so ergibt sich, daß auch Absonderungsrechte der in §. 41 bezeichneten Art an ihnen nicht wirksam werden können[12]). Wenn also z. B. in dem vom Gastwirthe Kreide dem Reserve-Lieutenant Tapfer für schuldig gebliebene Zeche zurückgehaltenen Koffer sich ein Orden und ein militärisches Ehrenzeichen, dann eine Uniform und ein Degen befinden, so hat Kreide ohngeachtet des §. 41 Ziff. 5 der KO. doch kein Absonderungsrecht an diesen Gegenständen. Desgleichen muß der Verpächter Reichmann der in Konkurs gerathenen Oekonomenswittwe Armuth eine Milchkuh lassen, wenn gleich diese sich auf dem Pachtgute befindet und er für seinen rückständigen Pachtzins durch das obige Inventar der Wittwe nicht gedeckt ist. Und ohngeachtet der Miethzins nicht gezahlt wurde, darf der Gemeinschuldner beim Auszuge aus der Wohnung die für ihn, seine Familie und sein Gesinde unentbehrlichen Kleidungsstücke, Betten u. s. w. mitnehmen.

V. Man könnte nun noch schließlich die Frage aufwerfen: wie stellen sich diese verschiedenen Absonderungsberechtigten in ihrem Range unter einander? Ich halte diese Frage, welche bisher eine der schwierigsten des Gemeinen Rechtes gewesen ist, in Folge der Grundsätze der KO. praktisch für beinahe müßig. Denn da, wie mehrfach erwähnt, die Detention der Sache Voraussetzung des Absonderungsrechtes ist und mehrere verschiedene Gläubiger doch nicht gleichzeitig dieselbe Sache in Besitz haben können, so läßt sich eine Kollision jedenfalls der verschiedenen in §. 40 u. 41 Ziff. 1—7 der KO. aufgeführten Absonderungsberechtigten kaum denken. Dagegen könnte man eine solche wenigstens zwischen vertragsmäßigen (§. 40) und gerichtlichen (§. 41 Ziff. 9) Pfändern und ferner zwischen diesen beiden und dem kaufmännischen Retentionsrechte (§. 41 Ziff. 8) konstruiren. Allein was das letztere betrifft, so halte ich die Ansicht, daß das kaufmännische Retentionsrecht auch nach Verlust des Gewahrsames noch fortbauere, für unrichtig[13]). Was aber das vertragsmäßige Pfandrecht anbelangt, so ist zwar richtig, daß nach Civilrecht dem Pfandgläubiger die Verfolgung des Pfandes

---

12) Die Exekutionsfreiheit der fraglichen Gegenstände ist aus Gründen des öffentlichen Wohles statuirt; folglich kann sie durch Privatwillen auch des Schuldners nicht beseitigt werden. Wäre also ein solches Kompetenzobjekt zum Faustpfande gegeben worden, so ist doch der Gläubiger, weil er die weitere Zwangsvollstreckung, nämlich die Versteigerung des Pfandobjektes, nicht betreiben darf, nicht im Stande, sein Absonderungsrecht an dieser Sache geltend zu machen.

13) Vgl. Anschütz in unserem Kommentare Bd. III S. 199: „Die Worte des Abs. 1 des Art. 313 lassen über den Wegfall der Verfolgungsklage keinen Zweifel."

in anderen Händen unter Umständen gestattet ist; allein für den Konkurs kann meines Erachtens hierauf Nichts ankommen. Wer nicht im wirklichen thatsächlichen Besitze ist (oder richtiger, wer nicht die Sache in Händen hält), sondern nur ein Anrecht auf den Besitz hat, kann kein Absonderungrecht geltend machen[14]). Und eben deshalb kann ich auch nicht mit den Motiven die Möglichkeit einer Kollision bei den Pfandrechten zugeben, welche durch symbolische Tradition entstehen, z. B. bei der Verpfändung durch Uebergabe von Waarenscheinen u. s. w. Denn entweder es erlangt dadurch der Gläubiger die ausschließliche Verfügung über die Sache und dann kann sie nicht ein Anderer zu Handen nehmen, oder es nimmt sie ein Anderer an sich und dann hat eben der erste kein „Faustpfand" mehr.

Eine Schwierigkeit macht also lediglich der Fall des §. 41 Ziff. 9 der KO., aber auch dieser meines Erachtens nicht im Verhältnisse zu den Absonderungsrechten des §. 40 und des §. 41 Ziff. 1, 3, 5, 6, 7, 8. Denn nach §. 710 der Civ. Pr.-O. kann ja derjenige, welcher in Besitz ist, jede weitere Pfändung ausschließen[15]); ohne einen durch gerichtliche Pfändung erworbenen effektiven Pfandbesitz aber, blos wegen des Anspruches auf Exekution, ist, wie so eben bemerkt, das Absonderungsrecht des §. 41 Ziff. 9 nicht gegeben. Da nun in den Fällen des §. 41 Ziff. 1, 3, 6, 7 und 8 der Absonderungsberechtigte ebenso wie im Falle des §. 40 die betreffende Sache in Händen haben muß, so kann er einer weiteren Pfändung widersprechen; unterläßt er dieß aber, dann verliert er eben sein Recht. Anders ist es, im Falle der §. 41 Ziff. 9 mit dem §. 41 Ziff. 2 u. 4 konkurrirt. Der Verpächter und Vermiether hat die Illaten und Früchte allerdings nicht in Besitz[16]), kann also nach §. 710 der Civ.-Pr.-O. die weitere Pfändung nicht hindern; allein in diesem Falle stellt sich für den Konkurs das Verhältniß praktisch offenbar in folgender Weise dar. Entweder der Gerichtsvollzieher hat die gepfändeten Sachen weggeschafft oder er hat die Pfändung durch Anlegen von Siegeln u. s. w. äußerlich ersichtlich gemacht (§. 712 der Civ.-Pr.-O.). Dies bewirkt aber nothwendigerweise, daß der Verpächter oder Vermiether seinerseits sein Recht wahren muß; unterläßt er es und beruhigt

14) Es wäre denn, er hätte sich im Wege der Aussonderung vorher den Besitz wieder verschafft. Vgl. oben S. 449.

15) Vgl. Abth. II zu §. 117.

16) Man könnte indeß dies bestreiten und annehmen, da der Besitz des Grundstückes oder Hauses durch Verpachtung und Vermiethung nicht verloren geht, besitze der Verpächter und Vermiether die Illaten im Besitze des Grundstückes mit. Allein ich glaube, eine solche Interpretation würde der Intention des Gesetzes nicht enspréchen, welches nach §. 14 des Einf.-Ges. nur den thatsächlichen Gewahrsam als einen zu schützenden Besitz ansieht.

sich, nun so hat er sein Absonderungsrecht an und für sich verloren. Macht er aber das ihm zustehende Recht an den Illaten und Invekten geltend, so tritt die Bestimmung des §. 710 der Civ.-Pr.-O. in Mitte, wonach er aus dem Erlöse vorzugsweise zu befriedigen kommt, und es tritt abermals eine Kollision nicht ein[17]).

Wie oben bemerkt, gehen die Motive indessen von einer anderen Ansicht aus. Sie nehmen an[18]), daß schon durch die dem Pfandgläubiger gestattete Verfolgung des Pfandes in der Hand eines anderen Pfandnehmers im Verhältnisse zum Konkursverwalter und den Konkursgläubigern an derselben Sache mehrere Pfandrechte begründet sein könnten; erheblicher indessen seien die Kollisionsrechte bei den Pfandrechten, welche ohne körperlichen Gewahrsam der Sache entstehen und bestehen können, in den zum §. 40 erörterten Fällen der sogenannten symbolischen Verpfändung, einer Verpfändung durch Uebergabe von Konnossementen und Lagerscheinen, einer Verpfändung der Schiffe durch Verbodmung und endlich in Betreff der Rechte des Verpächters und Vermiethers und der Exekutionspfandrechte. Die Motive erklären nun als den Standpunkt der Konkursordnung, daß sie in dieser Materie in keiner Weise in das geltende Recht eingreifen wolle; insbesondere solle die Reihenfolge des §. 41 durchaus nicht als Rangordnung angesehen werden. „Die einzelnen Absonderungsberechtigten mögen gegeneinander ihre Prioritätsrechte nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes zum Austrag bringen[19])."

In Folge dieser Feststellung haben nun einzelne Ausführungsgesetze sich der Materie bemächtigt und mitunter die Rangordnung nicht nur für das gewöhnliche Prozeßverfahren, sondern auch für die Konkursordnung festgesetzt. So bestimmt z. B. das Preußische Gesetz vom 6. März 1879 in §. 6, daß das in Nr. 1 des §. 41 bestimmte Absonderungsrecht den übrigen vorgehe. Hinsichtlich der übrigen Rangordnung ist Nichts bestimmt[20]). In

---

17) Einige besondere Fälle der Kollision bei Uebernahme werden später erörtert werden. Vgl. z. B. unten zu Ziff. 2 lit. d. Zu erwähnen ist noch ein Erk. des RG. v. 6. Oktober 1880 (Entscheid. Bd. II S. 93), welches folgenden Grundsatz ausspricht: der § 23 des Einf.-Ges. zur Civ.-Pr.-O. regele nur das Verhältniß des älteren Vertragspfandgläubigers zum jüngeren Pfändungspfandgläubiger; über das Verhältniß desselben zu den Konkursgläubigern im Falle der Konkurseröffnung sei Nichts bestimmt.

18) Motive zum I. E. Bd. I S. 288 ff., zum II. E. S. 210 u. 220.

19) Vgl. über diese Frage auch die ausführlichen Erörterungen von Sarwey, S. 300 ff.; dann v. Wilmowski S. (148) 233.

20) Verschiedene Anträge wurden zwar gestellt, aber nicht angenommen; so daß die Zeit der Erwerbung entscheiden solle, daß Nr. 2 u. 4 der Nr. 9

Bayern hat das Ausführungsgesetz vom 23. Februar 1879 für den Konkurs Nichts bestimmt, sondern nur in Art. 140 das bevorzugte Recht auf Befriedigung den in §. 41 bezeichneten Forderungen auch außerhalb des Konkurses gewährt, und hiebei bemerkt, daß in Kollision mit der Pfändung die Zeit der Begründung des Absonderungsrechtes entscheidet.

ad. 1. die Reichskasse[a]), die Staatskassen[b]) und die Gemeinden[c]), sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände[d]) wegen öffentlicher Abgaben[e]), in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen[f]);

a. (die Reichskasse).

Es ist selbstverständlich nicht blos die Hauptkasse in Berlin, sondern es sind sämmtliche Kassen des Reiches, das heißt der Reichsfiskus unter diesem Ausdrucke verstanden.

b. (die Staatskassen).

Nur die deutschen Staaten sind hier gemeint und solche ausländische, welchen etwa durch Verträge ein unmittelbares Anrecht auf bestimmte in Deutschland befindliche Sachen behufs der Deckung für Zölle eingeräumt sein sollte.

c. (die Gemeinden).

Die Gemeinde ist gleichfalls nur nach ihrer vermögensrechtlichen Seite, also als Gemeinde-Kasse betheiligt.

d. (Amts-, Kreis- u. Provinzialverbände).

Das Gesetz will hier alle politischen Gemeindeverbände bezeichnen; eine „Distrikts"- oder „Bezirks"-Kasse hat daher die gleichen Rechte, sofern sie die Kasse eines staatlich anerkannten Organes ist. Sollte einem anderen Verbande, z. B. einer Deich- oder Uferschutz-Genossenschaft ein Besteuerungsrecht gewisser Sachen gesetzlich zustehen, so würde auch ein solcher Verband hieher zu zählen sein.

e. (wegen öffentlicher Abgaben).

Der Schluß der Ziffer 1 bezeugt, daß nicht alle öffentlichen Abgaben sich des Absonderungsrechtes erfreuen, sondern nur jene Abgaben, welche auf einzelnen Sachen unmittelbar ruhen. Dies sind besonders Zölle[21]), Ver-

---

vorgehe u. s. w. Der letztere Satz ist übrigens für das Gebiet des P. L. R. unbestritten vgl. Striethorst Bd. 7 S. 253. ROHG. Entsch. Bd. VI S. 281.

21) Vgl. Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 (RBGBl. S. 317) §. 14 u. 100.

brauchssteuern[22]), Uebergangsabgaben[23]) und andere derartige Abgaben[24]). Ebenso jetzt die Spielkartenstempel nach RG. vom 3. Juli 1878 (RGBl. S. 133). Auch die Postgefälle sind hieher zu rechnen[25]); denn das Gesetz über das Posttaxwesen vom 28. Oktober 1871 (RGBl. S. 358) bestimmt in §. 6, daß Briefe und Sachen wegen Nichtzahlung des Porto zurückbehalten werden können[26]).

Dagegen sind direkte Steuern aller Art, eben weil sie nicht an bestimmten Sachen[27]) unmittelbar haften, nicht unter die Ziffer 1 zu ziehen. (Motive S. 208.)

Desgleichen nicht die Gebühren für ein Theaterunternehmen, einen Circus, eine Menagerie u. dgl., denn diese haften nicht an den Objekten, sondern sind persönliche Abgaben.

f. (in Ansehung der zurückgehaltenen oder mit Beschlag belegten zoll- und steuerpflichtigen Sachen).

Zweierlei ist die Voraussetzung für die Geltendmachung des hier in Frage stehenden Absonderungsrechtes: die Sachen, an denen das Recht ausgeübt werden soll, müssen nicht blos dem Gemeinschuldner gehören, sondern sie müssen selbst zoll- oder steuerpflichtig sein. Gesetzt, die Zollbehörde hat dem Herrn Ameyer ein Faß Wein verabfolgt gegen das Versprechen, den Betrag, den er mitzunehmen vergessen, sofort durch seinen Diener zu übersenden; dies geschieht aber nicht, Ameyer kommt in Konkurs und nun will sich der Fiskus an eine Kiste mit Cigarren halten, welche beim Zollamte steht und dem Ameyer gehört. An diesen hat sie kein Absonderungsrecht für den Weinzoll, denn für diesen haftet der Ameyer zwar persönlich, als Sache aber hat nur das Faß mit Wein, nicht die Kiste mit Cigarren gehaftet.

---

22) Hiezu gehören die in Art. 35 der Reichsverfassung aufgeführten Steuern auf Salz, Tabak, Branntwein, Bier, Zucker und Syrup.

23) Diese sind z. B. im Protokolle vom 15. November 1870 (RGBl. S. 651) (vgl. auch S. 657 u. RGBl. v. 1871 S. 25) den Verbrauchssteuern gleichgestellt.

24) Hieher zähle ich auch z. B. in Bayern die Hundesteuer, denn unzweifelhaft könnte sich der Staat durch Beschlagnahme des unversteuerten Hundes für die defraudirte Abgabe bezahlt machen.

25) Ebenso die Flößereiabgaben nach dem Gesetze vom 1. Juni 1870 (BGBl. S. 312).

26) Vgl. auch §. 25 des Postgesetzes.

27) Die Haftung von Immobilien z. B. für die Grundsteuer kann natürlich hier nicht in Frage kommen.

Anderseits genügt aber auch nicht die bloße Haftung, sondern diese muß auch bereits durch einen thatsächlichen Akt der Behörde verwirklicht sein. Es muß ein Zurückhalten oder Beschlagnehmen stattgefunden haben. Indessen glaube ich, daß dieser Akt auch noch dann geschehen kann, wenn der Konkursverwalter die Sache zur Masse einziehen will [28]).

ad 2. Verpächter [a]) wegen des laufenden und des rückständigen Zinses [b]), sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse [c]), in Ansehung der Früchte des Grundstücks [d]) und der eingebrachten Sachen [e]), sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden [f]).

a. (Verpächter).

Das Gesetz will natürlich nicht blos solche Kontrakte unter die Ziff. 2 subsumiren, welche mit dem Namen „Pacht" bezeichnet sind. Wenn die „Ueberlassung einer nutzbringenden Sache oder eines nutzbringenden Rechtes gegen Geld oder Geldeswerth" in Frage steht, findet das fragliche Absonderungsrecht Anwendung, auch wenn der Vertrag als „Bestand", „Verdingung" oder sonstwie bezeichnet wäre. Daß der Verpächter Eigenthümer des Pachtobjektes sei, ist nicht verlangt.

Was nun insbesondere den Afterpacht betrifft, so sind hier Unterscheidungen nöthig [29]):

I. Der Pächter bleibt vollständig im Pachte sitzen und verstiftet nur einzelne Objekte an Dritte [30]).

Nun ist wieder zweierlei zu unterscheiden:

A. Der Pächter und beziehungsweise Afterverpächter kommt in Konkurs; offenbar sind hier für den ersten Verpächter die vom Afterpächter eingebrachten Sachen lediglich fremde Sachen, und es finden daher die unten bei lit. e erörterten Grundsätze Anwendung [31]).

B. Es kommt der Afterpächter in Konkurs; hier ist der erste Verpächter ohnehin ganz unbetheiligt, der Afterverpächter aber hat unbestritten wegen

---

28) Vgl. unten die Erl. zu Ziff. 2 lit. f.

29) Bei der Aftermiethe gilt natürlich das Gleiche.

30) Beim Pacht kommt dies seltener vor; bei der Miethe aber in den größeren Städten ist dies der häufigste Fall; Jemand miethet eine größere Wohnung und gibt dann möblirte oder unmöblirte Zimmer ab.

31) Ebenso Fitting §. 19 Note 20; v. Sarwey S. 376; Stieglitz S. 289. Nach Gemeinem Rechte wird das gesetzliche Pfandrecht an den vom Afterpächter erzielten Früchten immer nur dem ersten Verpächter eingeräumt. Vgl. Seuffert, Pandekten Bd. I §. 201 S. 271.

des etwa rückständigen Afterpachtzinses das in Ziff. 2 des §. 41 normirte Absonderungsrecht gegen den Afterpächter [32]).

II. Nun läßt sich aber ein Afterpachtverhältniß auch so denken, daß der bisherige Pächter den ganzen Pacht an einen Anderen abtritt und selbst vom Objekte abzieht. In diesem Falle ist nun weiter zu unterscheiden:

A. Der erste Verpächter hat hiezu seine Zustimmung ertheilt und den Afterpächter als seinen eigenen Pächter acceptirt. Daß, wenn dieser in Konkurs geräth, das Absonderungsrecht vollkommen begründet ist, wird keinem Zweifel unterliegen [33]).

B. Der erste Verpächter nimmt von dem Afterpachtverhältnisse keine rechtliche Notiz; er duldet es zwar, allein ihm selbst gegenüber bleibt der erste Pächter und beziehungsweise der Afterverpächter der Verpflichtete. Nun ist wieder der doppelte Fall möglich, daß dieser in Konkurs kommt oder daß der Afterverpächter vergantet wird. In beiden Fällen sind dann meines Erachtens lediglich die schon unter I. A u. B erörterten Grundsätze maßgebend. Daß der erste Verpächter den Pächter verhindern kann, ohne vorherige Sicherstellung für den Pachtzins das eigene Inventar wegzubringen, bezweifle ich nicht, allein hierüber ist das bürgerliche Recht maßgebend. Hat er es weggebracht, so kann der Verpächter natürlich daran kein Absonderungsrecht mehr geltend machen. Ob er im Konkurse des Pächters und beziehungsweise Afterverpächters sich an das Inventar und die sonstigen Illaten des Afterpächters halten kann, hängt davon ab, ob man überhaupt das Absonderungsrecht an Sachen Dritter (denn ein solcher ist dem ersten Verpächter gegenüber der Afterverpächter) gestattet, worüber bei lit. e gesprochen werden wird. Es erübrigt nun nur noch die Frage: kann der erste Verpächter im Konkurse des Afterpächters ein Absonderungsrecht geltend machen [34])? Hiezu fehlt unter der Eingangs dieses Absatzes aufgestellten Voraussetzung, daß

---

32) Nach Gemeinem Rechte erstreckt sich nach fr. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7) das dem ersten Verpächter zustehende gesetzliche Pfandrecht an den Illaten des Afterpächters nur bis zur Höhe des von letzterem zu zahlenden Zinses. Nicht des „geschuldeten", denn der locator braucht die vom subconductor an den conductor geleistete Zahlung nicht anzuerkennen.

33) Anerkannt in einem Erk. des Berliner Obertribunals vom 6. Februar 1863 bei Striethorst Bd. 52 S. 1, da hiedurch der Vermiether (Verpächter) in ein unmittelbares Rechtsverhältniß mit dem Aftermiether (Afterpächter) tritt.

34) Wenn der erste Pächter solvent ist, braucht freilich der Verpächter dies Recht nicht. Die Frage tritt nur auf, wenn der Verpächter annehmen muß, „vom ersten Pächter bekomme ich ohnehin Nichts, ich will wenigstens die Illaten, die auf dem Gute sind, für mich beanspruchen."

der Verpächter sich an dem Afterpachtverhältnisse nicht betheiligt hat, die Forderung, für welche das Absonderungsrecht dienen soll. Denn für den vom Pächter geschuldeten Pachtzins haftet dem Verpächter nicht ohne Weiteres der Afterpächter. Es muß also der Verpächter etwa die Forderung des Pächters als Afterverpächters an den Afterpächter zur Deckung seines ursprünglichen Pachtzinses mit Arrest belegen (wobei er dann loco des Afterverpächters in das Absonderungsrecht allerdings eintritt) oder sonst sich helfen. An und für sich aber hat er kein Absonderungsrecht [35]).

b. (wegen des laufenden und des rückständigen Zinses).

Fast alle bisherigen Gesetzgebungen beschränken das Vorrecht (Separationsrecht) des Verpächters für den Zins auf kurze Zeiträume [36]); die KO. zieht keine Gränzen [37]), „damit die Verpächter in der Lage bleiben, bei Mißernten, Ueberschwemmungen oder sonstigen wirthschaftlichen Nothständen den Pachtzins angemessen zu stunden." (Motive.) Hieraus ergibt sich, daß auch eine in Mitte liegende Stundung das Recht des Verpächters nicht ausschließen soll; wohl aber wird dies der Fall sein, wenn die Schuld förmlich novirt wurde, z. B. es wird ein Wechsel des Gemeinschuldners auf 1000 Mk. produzirt und behauptet, es sei derselbe für rückständigen Pachtzins erwachsen. Für diesen kann der Verpächter ein Absonderungsrecht nicht in Anspruch nehmen. Ist der Zins nicht in Geld sondern in Naturalien oder Dienstleistungen bestehend, so tritt die Vorschrift des §. 62 der KO. ein.

c. (wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse).

Darunter fallen insbesondere die Entschädigungsansprüche wegen Verschlechterung der Pachtobjekte, desgleichen rechne ich hieher den Fall, daß der Verpächter Lasten, welche vertragsmäßig der Pächter übernommen hat, getragen hätte [38]). Ebenso gehört hieher die Forderung auf Rückgewähr des dem Verpächter gehörig gewesenen, aber nach Landesrecht oder Verabredung in das Eigenthum des Pächters übergegangenen Inventars [39]).

---

35) Ebenso, aber mit theilweise anderer Motivirung, v. Sarwey S. (314) 362.

36) Bayer. Pr.-O. §. 21 Ziff. 4: „für das laufende Jahr und für den Rückstand eines Jahres."

37) Natürlich bleiben die Gränzen der Verjährung aufrecht; so werden z. B. nach Bayer. Rechte (Ges. v. 26. März 1859) Rückstände von mehr als fünf Jahren nicht mehr mittelst des Absonderungsrechtes geltend gemacht werden können.

38) Denn obwohl hier eine negotiorum gestio vorliegt, ist es doch eine wegen und aus Anlaß des Pachtverhältnisses entstandene Forderung.

39) Wegen der Entschädigungsforderung in Folge der Kündigung siehe unten Nr. 4 lit. c.

d. (in Ansehung der Früchte des Grundstückes).

Bei einem nichtverhypothezirten Grundstücke gibt die vorstehende Bestimmung zu einer Schwierigkeit keinen Anlaß. Denn entweder sind nach Civilrecht die Früchte als Pertinenz des Grundstückes Eigenthum des Verpächters und dann braucht er keine weitere Sicherung, er sondert sie vielmehr mit dem Pachtobjekt zugleich aus der Masse des in Konkurs fallenden Pächters aus, oder sie sind Eigenthum des Pächters, dann hält er sie kraft des ihm durch §. 41 Ziff. 2 eingeräumten Absonderungsrechtes zurück. Im Effekte ist dies für den Verpächter gleich; hinsichtlich der Frage aber, was vom Ueberschusse an die sonstigen Gläubiger fällt, hängt Alles davon ab, was das maßgebende Civilrecht über den Fruchterwerb bestimmt.

Kritischer aber wird die Behandlung der Sache, wenn auf dem Grundstücke eine Hypothek ruht, denn dann entscheidet sich, je nachdem die Früchte bereits Eigenthum des Pächters sind oder nicht, die Frage, ob nach §. 39 der KO. der Hypothekgläubiger oder nach §. 41 der Verpächter das Absonderungsrecht daran in Anspruch nehmen kann. Noch verwickelter aber wird das Verhältniß [40]), wenn ein sonstiger Gläubiger nach §. 714 der Civ.-Pr.-O. die Früchte (einen Monat vor der Zeit der gewöhnlichen Reife) gepfändet hat [41]), denn in diesem Falle konkurriren drei Absonderungsrechte. Ich habe nun keinen Zweifel, daß in allen Fällen das Recht des Hypothekgläubigers das stärkste ist [42]). Das dingliche Recht der Hypothek ergreift die Sache als solche, die Früchte demnach schon im latenten Zustande, möchte ich sagen, noch ehe sie wirklich da sind; ihre Möglichkeit ist schon verpfändet. Und zwar dem Eigenthümer der Sache gegenüber, so daß, wenn dieser selbst Verpächter ist, ohnehin keine Kollision mit ihm besteht; wenn aber der Verpächter Nichteigenthümer ist, hat dieser — da er sein Recht zu verpachten jedenfalls vom Eigenthümer herleiten muß — das bessere Recht des Hypothekgläubigers anzuerkennen. Der mit Exekution vorgehende Gläubiger endlich greift mit seiner Pfändung auf eine Sache, die schon dinglich belastet ist, und er muß demnach hinter dem Hypothekgläubiger auch zurückstehen.

Wägt man nun aber die Absonderungsrechte des Verpächters und die des exequirenden Gläubigers ab, so kommt man wieder zu der Frage: wem gehören die stehenden Früchte? Sind sie (wie nach Gemeinem Rechte [43])

---

40) Wie v. Sarwey mit Recht aufmerksam macht, S. (308) 367.

41) Wie freilich eine solche Pfändung „ersichtlich" gemacht werden soll, darüber sind die Gelehrten uneins.

42) Natürlich nur de theoria; die Partikulargesetzgebung hat fast allgemein ausdrückliche Vorschriften über die Frage, welche entscheidend sind, auch dann, wenn sie (wie z. B in Preußen) das Gegentheil bestimmen.

43) §. 36 Inst. de rerum divisione (2, 1). Das Bayerische Landrecht schließt

Eigenthum des Verpächters, so kann sie der Gläubiger für Forderungen gegen den Pächter ꝛc. überhaupt nicht pfänden, und der Kollisionsfall tritt nicht ein. Ist aber (z. B. nach Preuß. Rechte [44]) das Eigenthum sofort dem Pächter erworben, dann kann allerdings dessen Gläubiger den §. 714 der Civ.=Pr.=O. in Anwendung bringen, allein immer nur unter Vorgang des dem Verpächter zustehenden Rechtes [45]).

e. (der eingebrachten Sachen).

Der Ausdruck „eingebrachte Sachen" schließt sich der im Gemeinen Rechte gebräuchlichen Bezeichnung des Pfandobjektes des locator an [46]) und soll also dem Ausdruck: „Illaten und Invecten" gleichstehen. Dieses „inferre, invehere" ist naturgemäß ein thatsächlicher Vorgang, kein rechtliches Handeln, der Begriff der „eingebrachten Sachen" muß sich deshalb auch aus faktischen, nicht aus rechtlichen Momenten konstruiren, was, wie im Nachfolgenden sich zeigen wird, von wichtigen Folgen ist. Im Allgemeinen mag man etwa das thatsächliche „Einbringen" bei allen Sachen als gegeben erachten, wenn der Pächter oder Miether dieselben als zu seinem Hab und Gut gehörend auf dem Pacht= oder Miethobjekte in Gewahrsam hat.

Deshalb beschränkt auch die KO. nicht [47]) das Absonderungsrecht auf die zu dauerndem Gebrauche auf das Pachtobjekt gebrachten Sachen, überhaupt nicht auf eine bestimmte Art von Sachen. Vielmehr können dazu außer dem Vieh= und Wirthschaftsgeräthe, dem beigeschafften Material die pro=

---

sich natürlich in thesi dem Römischen Rechte an, macht aber in Th. II Cap. 3 §. 20 Nr. 2 immerhin eine Beschränkung, und bei der zur Zeit seiner Abfassung fast allein üblichen Art der Verpachtung durch Emphyteuse u. dergl. ist das Recht des Colonen an den Früchten von ihrem Entstehen an unbeschränkt anerkannt.

44) LR. Th. I Tit. 9 §. 221: „die Früchte einer Sache sind, gleich bei ihrem Entstehen, das Eigenthum desjenigen, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat." Diese Bestimmung ist die im deutschen Volksleben allein anerkannte; ich möchte das Gesicht eines Bauern sehen, wenn ich behaupten wollte: das auf dem von mir an ihn verpachteten Acker stehende Getreide gehöre vorerst mir. Die Antwort wäre jedenfalls eine „hanbüchene".

45) Ebenso v. Wilmowski S. 236, welcher sich darauf stützt, daß an stehenden Früchten eine Pfändung durch Besitzübertragung nicht zu ermöglichen ist.

46) fr. 4 pr. D. de pactis (2, 14): „invecta illata pignori esse locatori." Das Edikt des Prätors de migrando (D. 43, 32) spezifizirt: „introducta, importata, ibi nata factave."

47) Wie z. B. nach Art. 2102 Nr. 1 des Code civil: „tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme et tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme".

duzirten Waaren oder Fabrikate[48]) (z. B. bei einem verpachteten Bräuhause das Bier in den Kellern), auch unter Umständen Geld, Werthpapiere und Schuldverschreibungen[49]) gehören.

Inwieweit fremde Sachen von dem Absonderungsrechte ergriffen werden, soll sich zufolge der Motive[50]) nach dem bürgerlichen Rechte entscheiden; was ich nicht für richtig halte. Dies wäre dann allerdings der Fall, wenn die KO. gesagt hätte: „Verpächter, soweit ihnen ein gesetzliches Pfandrecht oder ein Retentionsrecht an den Illaten zusteht" (oder eine ähnliche Fassung), und wenn also das Absonderungsrecht dem Verpächter nur in seiner Eigenschaft als „gesetzlich Pfandberechtigtem" eingeräumt wäre. Allein der §. 41 Ziff. 2 statuirt selbständig, ohne Bezugnahme auf das außerhalb des Konkurses im Civilrechte vorkommende Pfand- und Retentionsrecht des Verpächters[51]), ein Absonderungsrecht an „den eingebrachten Sachen"[52]), et lege non distinguente nec nostrum est distinguere[53]). Nach meiner Meinung umfaßt also das Absonderungsrecht des Verpächters und Vermiethers[54]) alle eingebrachten Sachen ohne Rücksicht auf deren rechtliche Qualität, einerlei, ob Sachen des Pächters (Miethers) oder eines Dritten in Frage stehen. Die Schranke liegt, wie oben erwähnt, nicht in diesem rechtlichen Momente, sondern nur in dem thatsächlichen „Eingebrachtsein". Als „eingebrachte Sache" nämlich kann all dasjenige nicht angesehen werden, was von vorneherein als fremdes Gut auch dem Verpächter gegenüber erscheint und von welchem dieser also niemals erwarten durfte, daß es Deckung für seine Forderungen an den Pächter sein werde. Es wäre aber übel mit dem

48) Bayer. Pr.-O. §. 21 Nr. 4. Die zum Verkaufe bestimmten Waaren erklärte schon das Berliner Obertribunal (Striethorst Bd. 95 S. 186) für Illaten und ebenso hat sich das ROHG. in einem Erkenntnisse vom 28. Mai 1872 (Bd. VI S. 281) ausgesprochen.

49) Dies ist gemeinrechtlich sehr bestritten; vgl. Seuffert, Pandekten Bd. I S. 270 Note 2.

50) Zum II. E. S. 210. Vgl. Meisner S. 187 insbesondere Note 12.

51) Wie solches z. B. in Ziff. 8 geschieht.

52) Nicht: „an den eingebrachten Sachen des Pächters".

53) v. Sarwey S. (315) 375 geht von der gleichen Interpretation des Gesetzestextes aus, gelangt aber in seiner Folgerung zu einem anderen Resultate, als ich.

54) Ich wundere mich, daß so viele Kommentatoren (Meves S. 62; Petersen S. 214; v. Sarwey S. 374 ff.; Stieglitz S. 289; v. Wilmowski S. 237) sich gegen meine Ansicht aussprechen. Denn daß bei der Limitation der so eben citirten Schriftsteller das Absonderungsrecht des Vermiethers und Verpächters praktisch nahezu keinen Werth hätte, wird mir wohl jeder Rechtsanwalt bestätigen. Und Gesetze sollen doch für das Leben gemacht sein.

Absonderungsrechte des Verpächters und Vermiethers bestellt, der vielleicht den Vertrag nur mit Rücksicht auf den ihm Sicherung gewährenden Werth der Illaten abgeschlossen, wenn dann plötzlich hintennach ein Dritter auftreten und durch sein den Sachen nicht ansehbares Eigenthum dem Verpächter das leere Nachsehen lassen könnte [55]). Einige Beispiele werden den Gedanken klar machen: wenn die Wechselbank zu A in Konkurs kommt, so wird Niemand dem Eigenthümer des Hauses, in welchem sie ihr Geschäft betrieben hat, die Befugniß zusprechen, sich wegen des rückständigen Miethzinses an die im Depotgeschäft der Bank von Dritten hinterlegten Werthpapiere zu halten; aber wenn Jemand kommen und den eisernen Kasseschrank als nur von ihm der Bank geliehen aussondern wollte, so wird der Hauseigenthümer mit Recht erwidern: „dieser gehört zu den von meinem Miethsmann eingebrachten Sachen". Oder wenn der bei Wittwe Brummig wohnende Studiosus Lustig seine Miethe zu zahlen vergessen und auf Nimmerwiedersehen sich in Vakanz begeben hat, so wird der Richter die von der kgl. Hof- und Staatsbibliothek entlehnten Bücher sicher nicht als „eingebrachte Sachen" zur Versteigerung bringen lassen; aber anderseits wird er die Wittwe Brummig in ihrem Absonderungsrechte schützen, wenn die Modistin Lieblich erscheint und die von Herrn Lustig beim Einzuge mitgebrachte Bibliothek als von ihr dem Miethsmann nur geliehen hinwegnehmen will.

Aus dem Erörterten geht hervor, daß weil eben der Begriff „Einbringen" ein thatsächlicher ist, eine erschöpfende Definition der „Eingebrachten Sachen" sich nicht geben läßt, und insbesondere die Entscheidung, an welchen fremden Sachen das Absonderungsrecht Platz greift, nach den Verhältnissen des Falles zu treffen ist [56]).

f. (sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden).

„Die Illation der Sachen in den Räumen des Verpächters verleiht diesem das Recht und die thatsächliche Möglichkeit, sich jederzeit in den Gewahrsam derselben zu setzen", sagen die Motive (zum II. E. S. 210), um die Natur des Rechtes als eines äußerlich erkennbaren zu begründen. Allein dies ist in solcher Allgemeinheit nicht wohl richtig; denn so lange der Pacht

---

55) Schon nach Gemeinem Rechte macht sich der obige Grundsatz in fr. 1 §. 5 und fr. 2 D. de migrando (43, 32) geltend; nur wird er hier in der Form ausgedrückt: „res, quae pignoris nomine teneri possunt, quae pignoris nomine introductae sunt".

56) Natürlich kann der Eigenthümer den Werth der ihm entgehenden Sachen im Konkurse liquidiren, somit löst sich die Frage dahin auf, daß auch hier der Satz in Kraft tritt: „Hand muß Hand wahren."

besteht und kein Grund zur Exmission des Pächters und Immission des Verpächters vorliegt, sind die Räume nicht Räume des Verpächters, er hat in denselben Nichts zu schaffen, und weder rechtlich noch thatsächlich hätte der Verpächter die Möglichkeit, sich ohne Weiteres sofort in den Gewahrsam der vom Pächter eingebrachten Sachen zu setzen. Ich glaube deshalb auch nicht, daß die weiteren Argumentationen der Motive richtig sind, welche dahin gehen, daß „die Vornahme der Perklusion (Ausübung des Zurückhaltungsrechtes?) nicht Quelle sondern Ausfluß des Pfandrechtes sei und daher auch ohne richterliche Hilfe ausgeübt werden könne“ [57]). Allerdings ist es nicht nothwendig, daß der Gläubiger schon vor der Konkurseröffnung den Besitz der Illaten ergriffen habe [58]); aber wenn ohne Widerspruch des Gläubigers [59]) die Illaten und die Früchte zur Konkursmasse gezogen oder durch den Konkursverwalter verkauft worden sind, so ist offenbar das Absonderungsrecht verloren [60]). Ich glaube, daß sofort bei der Konkurseröffnung nach §. 108 der KO. innerhalb der bestimmten Frist der Gläubiger von dem Umstande, daß er von den noch auf seinem Grund und Boden befindlichen Objekten das Absonderungsrecht geltend machen will, unter Angabe seiner Forderung, für welche er es ausüben will, dem Verwalter Anzeige zu erstatten hat.

Jedenfalls aber hätte der Gläubiger sein Recht verloren, wenn die Früchte oder Illaten schon vor der Konkurseröffnung aus dem Pachtobjekte hinweggekommen waren. Die Motive (zum II. E. S. 211) verlangen, daß dies nicht heimlich und nicht gewaltsam geschehen sei; allein eine mit diesem Mangel behaftete Wegschaffung würde zwar dem Verpächter die Befugniß gewähren, seinen Anspruch auf Zurückbringung der Illaten zu verfolgen und diese wieder in das verpachtete Grundstück [61]) zurückzuholen; allein wenn er diese Befugniß nicht angewendet hat oder anwendet [62]), so hat er einfach

---

57) Die bayerischen Gerichte haben z. B. nie dem Hausherrn das Recht zuerkannt, im Wege der Eigenmacht den Miether zu pfänden.

58) Dies ließ sich aus §. 33 Nr. 4 der Pr. KO. von 1855 folgern und es wurde daher der Satz weggelassen.

59) Natürlich wenn der Gläubiger wußte, daß der Konkurs ausgebrochen war; sonst kann er ja keinen Widerspruch erheben.

60) Dies verneinen die Motive und ebenso v. Wilmowski S. 238.

61) Oder in seine eigene Verwahrung. Dieses Rückschaffen erfolgt indessen, wie das in der Note 63 citirte reichsgerichtliche Erkenntniß sagt, über den Kreis des Konkursrechtes hinaus und ist nach landesgesetzlichen Grundsätzen zu entscheiden.

62) Was aber nicht Geltendmachung eines Absonderungsrechtes ist, sondern sich gegen den Dritten richtet.

kein Objekt in Händen, welches er zu „abgesonderter" Befriedigung verwenden könnte[63]).

Wurden die fraglichen Gegenstände nach ihrer Einbringung in das Pachtobjekt verkauft oder sonstwie veräußert, so kann dies selbstverständlich[64]) dem Absonderungsrechte des Verpächters jedenfalls dann nicht präjudiziren, wenn die Sachen auf dem Pachtgrundstücke verbleiben. Wollen sie vor Eröffnung des Konkurses weggeschafft werden, so frägt es sich, ob der Verpächter die Befugniß hat, dieselben zurückzuhalten oder nicht, eine Frage, welche nicht konkursrechtlicher Natur ist. Kann er nach dem betreffenden bürgerlichen Rechte gegen die Hinwegschaffung nicht protestiren, so ist eben später, wenn ein Konkurs ausbricht, kein Objekt mehr da, an welchem das erst im Konkurse wirksam werdende Absonderungsrecht, welches die KO. verleiht, ausgeübt werden könnte. Daß aber nach ausgebrochenem Konkurse der dritte Erwerber die Sachen nicht aussondern kann, ohne das Recht der Absonderungsberechtigten mit zu übernehmen, folgt aus den im 4. Titel erörterten Grundsätzen und aus dem Grundprinzipe, daß jede res nur cum suo onere erworben wird.

Ein Erkenntniß des R.-G. vom 29. Oktober 1881 (Blum, Annalen Bd. IV. S. 512 fg.) spricht dagegen dem Verpächter das konkursgesetzliche Absonderungsrecht sogar dann zu, wenn der Gläubiger die Illaten versteigern ließ, aber den Erlös später durch Anfechtungsklage wieder in die Masse zurückzugeben verpflichtet wird.

ad 3. Pächter[a]) in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventars[b]) wegen der Forderungen für dieses[c]):

a. (Pächter).

Auch hier kommt es auf den Namen nicht an; sollte im Civilrechte für das Rechtsverhältniß auch ein anderer Name gebraucht sein, soferne es sich nur faktisch um ein „Pachtverhältniß" handelt, ist dies irrelevant. Der Afterpächter steht dem Pächter gleich; denn er hat das Inventar Namens des ursprünglichen Pächters in Gewahrsam und seine Ansprüche für dieses sind Ansprüche Namens des ursprünglichen Pächters.

---

63) Ebenso v. Sarwey S. 377, Stieglitz S. 228 und es hat diese Ansicht in einem Erk. d. RG. vom 8. Dezember 1882 (Entscheidungen Bd. VIII S. 99, Blum Annalen Bd. VII. S 166) Anerkennung gefunden. Anderer Ansicht, sich stützend auf eine frühere Praxis (vgl. Striethorst Bd. 6 S. 43 Bd. 11 S. 81, ROGH. Bd. VI S, 285), sind Dernburg Bd. I. S. 852 Note 8, Petersen S. 216 und v. Wilmowski S. 238.

64) Vgl. übrigens oben die Erörterung der Frage, ob überhaupt ein fremdes Recht an den Illaten anerkannt wird.

b. (in ihrem Gewahrsame befindlichen Inventars).

Es ist hier das dem Verpächter gehörige Inventar gemeint, denn das dem Pächter eigenthümliche wird von ihm, natürlich im Wege der Aussonderung, an sich genommen. Als Zeitpunkt, zu welchem der Gewahrsam des Pächters bestehen muß, gilt die Eröffnung des Konkurses. Würde also z. B. der Verwalter den Pächter nachträglich ermittiren[65]), so könnte dieser Umstand das Absonderungsrecht nicht beseitigen.

c. (wegen der Forderungen für dieses).

Nur Forderungen für Vermehrung, Unterhaltung[66]) und Verbesserung des Inventars selbst — nicht aber wegen Meliorationen des Pachtobjektes oder Entschädigungsansprüche wegen unzeitiger Aufkündigung, nicht rechtzeitiger Uebergabe des Gutes[67]), Rückgabe der gestellten Kaution oder Aehnliches — sollen das Absonderungsrecht genießen. Die Motive[68]) bezeichnen dasselbe als „das Recht des Pächters an dem Pachtinventar wegen der Forderung für Plus- und Superinventar", und bemerken dazu: „Das Inventar gilt in manchen Civilrechten, insbesondere nach dem Pr. LR. als Inbegriff, welcher trotz Vermehrung, Verringerung, Verbesserung oder Verschlechterung Eigenthum des Verpächters bleibt, wenn nicht das Gegentheil bedungen ist. Bei Rückgewähr der Pachtung muß wegen desselben eine Auseinandersetzung zwischen Verpächter und Pächter eintreten. Diese Auseinandersetzung hat aber nicht den Charakter der Theilung einer gemeinsamen Sache[69]), sondern die Ansprüche des Pächters sind obligatorischer Natur.

ad. 4. Vermiether[a]) wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Zinses[b]), sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethverhältnisse[c]), in Ansehung der eingebrachten Sachen[d]), sofern die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden[e]);

a. (Vermiether).

Nicht jeder Vermiether fällt unter Ziff. 4 des §. 41; wie sich aus den Schlußworten dieser Nummer („auf dem Grundstücke") ergibt, sollen nur

---

65) Sei es mit Recht oder auch nur via facti.

66) Soweit natürlich diese nicht dem Pächter obliegt.

67) Die Entschädigungsforderung wegen nicht rechtzeitiger Ablieferung des Inventars ist eine Forderung wegen desselben, aber nicht für dasselbe; sie gehört also gleichfalls nicht hieher.

68) Zum II. E. S. 211.

69) Wie dies in der Pr. KO. §. 36 Abs. 2 angenommen war.

Vermiether von Wohnungen[70]), Gebäuden[71]) und Grundstücken [z. B. von Gärten, von Lagerplätzen[72])] das Absonderungsrecht genießen. Auf die längere oder kürzere Dauer der Miethe kommt es nicht an. Gehört auch z. B. das Theaterabonnement in die Reihe solcher Vermiethungen? ich glaube wohl; für rückständige Abonnementgelder haftet das Perspektiv, der Fußschemel und was sonst etwa in die Loge gebracht ist[73]). Aber wenn der Gemeinschuldner sein Abonnement in der Gmähle'schen Leihbibliothek nicht bezahlt hat, so könnte[74]) nicht das Parapluie, welches er im Laden vergessen hätte, als Absonderungsobjekt behandelt werden[75]).

b. (wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Zinses).

Das Absonderungsrecht des Vermiethers ist nicht wie jenes des Verpächters hinsichtlich der Zeit des Rückstandes unbeschränkt; der erstere kann nur für seine laufende Zinsforderung und für einen Jahresrückstand die Absonderung begehren. Der Jahresrückstand ist aber nicht ein „Jahreszins", sondern der Zins für eine Frist von 365 Tagen von der Konkurseröffnung an rückwärts gezählt. Gesetzt, die Wohnung ist so vermiethet, daß alle Quartale (und zwar Lichtmeß, Georgi, Jacobi und Martini) 300 Mark zu zahlen sind; kommt nun der Miether am 5. Juni 1884 in Konkurs, so ist der Zins vom 21. April (Georgi) bis 5. Juni der laufende[76]); außerdem aber hat der Vermiether nicht noch für einen weiteren Jahreszins zu 900 Mark das Absonderungsrecht, sondern nur für so viel, als vom 5. Juni 1883 an noch Zins rückständig ist, keinenfalls also kann er (mit dem laufenden zusammen) im Ganzen mehr als 900 Mark im Absonderungswege beanspruchen.

c. (wegen anderer Forderungen aus dem Miethverhältnisse.)

Unter diese Kategorie von Forderungen rechne ich die Ersatzansprüche wegen Beschädigung der Wohnung; ferner zähle ich hieher, wenn außer der

---

70) Code civil Art. 2277: „les loyers des maisons".

71) Bayr. Pr.-O. §. 21 Ziff. 3.

72) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. IV Nr. 210.

73) Aber der Logendiener kann nicht Abends den Pelzmantel als „eingebracht" zurückhalten.

74) Was die liebenswürdige Inhaberin ohnehin nicht thut.

75) Hier wie im vorigen Falle bleibt die Frage des nichtkonkursrechtlichen Pfändungsrechtes unberührt.

76) Man könnte — und in der Praxis ward es bisher auch so gehalten — allerdings als „laufenden Zins" den Zins für das ganze Quartal Georgi bis

Wohnung Betten, musikalische Instrumente und dergleichen (die aber in der Wohnung stehen) mitvermiethet waren, die Entschädigung für deren Benützung sowie ihre Beschädigung. Wenn zugleich — wie häufig vorkommt — der Vermiether Bedienung und Kost verabfolgt, so wird zu unterscheiden sein, ob die Vergütung hiefür in Bausch und Bogen vereinbart und damit gleichsam zum Miethzinse geschlagen war. In diesem Falle wird die Ziff. 4 darauf Anwendung finden. Anders, wenn die Vergütung ausgeschieden bedungen war, zu B. A miethet bei B ein Zimmer um monatlich 7 fl.; ferner soll A gegen Zahlung von je einer Mark am Mittagstische der Familie Theil nehmen können und, wenn die Magd Kommissionen für ihn zu machen hat, soll sie für den Gang 20 Pfennige bekommen. Für diese beiden letztgenannten Ausstände kann das Absonderungsrecht der Ziff. 4 nicht beansprucht werden, da es im Gesetze nicht heißt „aus Anlaß des Miethverhältnisses", sondern „aus dem Miethverhältnisse". Ebendeshalb können auch nicht Vorschüsse, welche der Vermiether, wenn auch in Folge und nur mit Rücksicht auf das Miethverhältniß, gemacht hat, hieher gezählt werden; noch weniger z. B. die Entschädigung für eine Körperverletzung, deren Anlaß eine Miethsdifferenz gewesen ist.

Ein besonders hervorzuhebender Anspruch ist die Forderung auf Entschädigung, welche dem Vermiether im Falle vorzeitiger Aufhebung des Miethverhältnisses zusteht, insbesondere (soweit sie überhaupt zulässig sind, vgl. S. 255) die Ansprüche wegen verfrühter Aufhebung des Verhältnisses in Folge des nach §. 17 dem Verwalter zustehenden außerordentlichen Kündigungsrechts. Denn diese richten sich jedenfalls nicht gegen die Masse, sondern der Miether kann sich nur an den Gemeinschuldner als Vermiether halten. Die Forderung ist also Konkursforderung, genießt aber das Absonderungsrecht[77]).

d. (in Ansehung der eingebrachten Sachen.)

Vgl. lit. e oben S. 519.

e. (soferne die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden).

Vgl. lit f oben S. 521.

Jacobi ansehen wollen. (Vgl. v. Wilmowski S. 239.) Allein von der Konkurseröffnung an ist ja die Wohnung auf die Masse übergegangen und der seitdem erlaufende Zins eine Masseschuld, vgl. §. 52 Nr. 2 der KO. und oben S. 253 ff.

77) Vgl. das Erk. d. RG. vom 14. Januar 1882 in den Entscheidungen Bd. VII. S. 19 und in Blums Annalen Bd. V. S. 274 (woselbst aber irrig „Februar" statt „Januar" steht).

ad. 5. Gastwirthe[a]) wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirthung[b]) des Gastes[c]), in Ansehung der von demselben eingebrachten, von ihnen zurückbehaltenen Sachen[d]):

a. (Gastwirthe).

Unter „Gastwirthen" versteht man eigentlich nur solche Wirthe, welche Wohnung geben, und es ist mir zweifelhaft, ob das Gesetz nicht lediglich diese im Sinne hatte. Indessen sehe ich keinen zureichenden Grund, dem Traiteur, Cafetier und solchen ihre Gäste nur „Bewirthenden" das Absonderungsrecht abzusprechen, wenn der Gast z. B. seinen Paletot zurücklassen mußte, weil er seine Zeche nicht bezahlen konnte. Den Inhaber eines Hotel garni könnte der „Schuldner als bloßen „Vermiether" ansehen wollen, was dem ersteren nachtheiliger wäre[78]), allein ich glaube, auch er ist „Gastwirth".

Wenn Jemand, ohne Gastwirth zu sein, das heißt ohne ein Gewerbe daraus zu machen, einen Fremden wenn auch gegen Entgelt beherbergt und bewirthet, wird er sich, wie ich glaube, des Absonderungsrechtes nicht zu erfreuen haben[79]). Ebenso nicht, wenn der Wirth das ihm eigene Privathaus vermiethet. Dagegen kann ich die Meinung nicht theilen, daß das Absonderungsrecht nach Nr. 6 nicht eintritt, wenn der Gast sich auf längere Zeit im Wirthshause oder Gasthofe eingemiethet hat[80]).

b. (Forderungen für Wohnung und Bewirthung).

Die Motive (z. II. E. S. 212) bemerken, daß die in manchen Rechten (z. B. in der Bayer. Pr.-O. §. 21 Ziff. 5) enthaltene Ausdehnung des Absonderungsrechtes der Wirthe auf Vorschüsse, welche sie den Fremden gemacht haben, nicht Platz greife. Demohngeachtet aber glaube ich, daß unter

---

78) Vgl. lit. c. zu Ziff. 4. Auch Meves a. a. O. S. 64 zieht „die sogen. Restaurateure" hieher, v. Sarwey S. 379, Stieglitz S. 291, v. Wilmowski S. 240 stimmen mir bei, während Fitting S. 177 Note 30 und Petersen S. 218 nur den Gastwirthen im engeren Sinne des Wortes das Absonderungsrecht nach Ziff. 5 einräumen.

79) Auf solche findet auch umgekehrt die actio de recept. keine Anwendung, vgl. fr. 3 §. 2 D. (4, 9). Im Allgemeinen geht nämlich dieses Absonderungsrecht Hand in Hand mit der den Wirthen auferlegten besonderen Verantwortlichkeit für die Effekten des Gastes. Doch nicht soweit, daß z. B. eine diese Verantwortlichkeit ausschließende spezielle Uebereinkunft des Gastes mit dem Wirthe ipso facto diesen letzteren auch des Absonderungsrechtes verlustig machen würde.

80) Wie v. Wilmowski a. a. O. annimmt. Es wäre zu schwierig, die Grenze zu finden, wann der Gast im Gasthofe wohnend aufhört Gast zu sein und Miether wird.

„Bewirthung" nicht blos die Zehrung im engeren Sinne zu rechnen ist, sondern Alles, was herkömmlich und allgemein auf die Wirthsnote gestellt zu werden pflegt. Service, Lichter und der Omnibus von der Bahn gehören sicher zur „Bewirthung", aber auch Spielkarten (wenn die Fremden etwa Abends eine Partie machen), Briefpapier, Postmarken, ein Bad, die Wäscherin, die Taxe für Visirung des Passes oder für eine Aufenthaltskarte, ausgelegtes Porto für empfangene Briefe oder abgesandte Telegramme, bezahlte Droschkenkutscher und selbst ein besorgtes Theaterbillet sind nicht als „Vorschüsse" anzusehen. Dagegen wenn sich der Reisende in Geldverlegenheit befindet und der Gastwirth leiht ihm zur Weiterreise 100 Mark, so ist dies, auch wenn der Reisende sein Gepäck zurückläßt, nicht unter die Ziff. 5 zu stellen [81]). Wie ist es mit dem Ersatz für beschädigte Möbel, Geschirr, Gläser u. s. w.? Derartige Posten werden hergebrachtermaßen in der Wirthsrechnung vorgetragen und daher wohl auch als „Forderungen für Wohnung und Bewirthung" anzusehen sein. Anders aber, wenn eine Beschädigung anderer Art absichtlich oder fahrlässiger Weise erfolgt ist. Der Wirth, welchen sein Gast in Folge eines über die Rechnung entstandenen Wortwechsels zur Thüre hinausgeworfen hat, kann, wenn er hiebei einen Armbruch erlitten hätte, für seine Kurkosten ein Absonderungsrecht nicht wohl beanspruchen.

c. (des Gastes).

Ich glaube, dieser Ausdruck muß ausdehnend ausgelegt werden. Nicht blos, was der Eigenthümer des Koffers, welchen der Wirth in Händen hat, selbst verzehrt hat, sondern auch die Rechnung für dessen Frau und Kinder, für seine Dienerschaft und überhaupt für die gesammte Reisegesellschaft, für die er aufzukommen hat, kommt in Betracht. Wenn der Verbindungsstudent A seine Corpsbrüder B, C und D von Erlangen nach Nürnberg mitnimmt, regalirt sie im „Rothen Roß" mit Champagner und übernachtet mit ihnen, so kann sich der Hotelbesitzer an das Reisegepäck des A für die gesammte Zeche halten. Anders, wenn Jeder für sich zechte, was zu ermitteln Thatfrage ist. Daß das Stall- und Futtergeld für die vom Gaste mitgebrachten Thiere unter die Forderungen gehört, für welche das Absonderungsrecht besteht, bezweifle ich nicht.

d. (in Ansehung der von demselben eingebrachten, von ihnen zurückbehaltenen Sachen).

I. Zwei Erfordernisse stellt das Gesetz für das Absonderungsrecht des Gastwirthes auf. Hinsichtlich des Objektes desselben: die Sachen müssen

---

81) Aber ob nicht in der Zurücklassung der Effekten Seitens eines solchen Gastes immer schon an sich die Bestellung eines Faustpfandes liegt? Denn was soll denn dieses Zurücklassen sonst bedeuten?

vor Allem vom Gaste eingebracht sein[82]). Der Koffer, welchen der Reisende auf der Eisenbahn hat stehen lassen, kann der Wirth nicht beanspruchen. Dagegen ist nicht vorgeschrieben, daß die Sachen vom Gaste selbst oder mit ihm[83]), oder daß sie gerade in das Gasthaus selbst gebracht sein müssen; wenn z. B. der Gastwirth (wie dies mitunter vorkommt) in benachbarten Häusern Zimmer zur Disposition seiner Fremden hat, so kann er sich auch an die Objekte halten, welche der Gast in ein solches Zimmer gebracht hat. Das Gesetz sagt ferner nicht: „Sachen des Gastes", sondern nur „Sachen vom Gaste eingebracht"; es wird daher darauf Nichts ankommen können, ob die Sachen sein Eigenthum sind oder nicht[84]).

Das zweite Erforderniß ist, daß der Wirth die Sachen zurückbehalten haben muß. Würde der Gast seine Effekten mit Wissen und Willen des Wirthes wieder mitgenommen haben, so ist selbstverständlich das Absonderungsrecht erloschen, sollte er auch etwa die Sachen schriftlich als Befriedigungsobjekt dem Wirthe verpfändet haben und dergleichen[85]). Aber auch das genügt nicht, daß die fraglichen Sachen „eingebracht" gewesen sind, vielmehr muß der Gläubiger eine Zurückbehaltung ausgeübt haben, (dies geht aus der in Ziff. 5 gewählten von Ziff. 2 und 4 verschiedenen Fassung hervor). Wenn daher auch ohne Wissen des Wirthes die Sachen entfernt wurden, ist sein Recht erloschen, falls er nicht rechtzeitig die Detention wieder ergreift, z. B. den bereits auf die Eisenbahn gebrachten Koffer durch seinen Hausknecht noch „zurückbehält". Wann eine Zurückbehaltung stattgefunden hat, ob vor, bei oder nach der Abreise des Gastes, ist indessen irrelevant. Es ist nicht gerade nöthig, daß der Wirth einen besonderen Pfändungsakt vornimmt, z. B. den Koffer des Reisenden, welcher, ohne zu bezahlen, auf die Eisenbahn gegangen ist, vom Omnibus herabnehmen läßt und einsperrt. Gesetzt dieser Reisende hatte nur Handgepäck und solches selbst mit sich genommen, das Stubenmädchen findet aber später noch einen vom Gaste vergessenen Ring im Zimmer und bringt ihn dem Wirthe, so

---

82) Bei der Ankunft oder später während seines Aufenthalts im Gasthof, vgl. das Erk. des Berl. Obertribunals v. 19. Juni 1858 (Entsch. Bd. 33 S. 164).

83) Wenn der Gast den Wirth z. B. durch Aushändigung des Gepäckscheines in die Lage gesetzt hat, über seine Effekten zu verfügen, so läßt dieser sie natürlich holen und dann sind sie „eingebracht". Ein Erkenntniß des RG. vom 11. November 1879 (Entsch. Bd. I S. 83) bestätigt dies, wenn auch nicht expressis verbis. Vgl. auch das Erk. des Berliner Obertribunals vom 2. November 1844. (Entscheid. Bd. 11 S. 367) und v. 15. März 1864 (bei Striethorst Bd. 55 S. 48.)

84) Vgl. hierüber die Erl. zu Ziff. 2 lit. e.

85) Vgl. oben S. 522.

kann letzterer diesen noch nachträglich zurückbehalten. Auch wenn der Konkurs schon ausgebrochen ist, kann der Wirth dem Verwalter gegenüber die von diesem begehrten Effekten zurückhalten; aber ausgeschlossen ist, daß er nach diesem Zeitpunkte Sachen irgendwo abholt und sie erst in seine Detention bringt[86]).

II. Es ist bereits oben (S. 452) erörtert worden, wie weit das gesetzliche Pfandrecht auch fremde Sachen ergreift. Für Gastwirthe wird aber, auch wenn man meine eben citirte ziemlich weitgehende Ansicht nicht annehmen will, dennoch eine Ausdehnung auf gewisse fremde Sachen nicht wohl abgelehnt werden können. Daß die Gastwirthe zu den Kaufleuten im Sinne des Gesetzes zu zählen sind[87]), ändert allerdings Nichts, nachdem nicht von ihnen, sondern für sie das Pfandrecht in Frage steht. Allein so viel wird jedenfalls zugegeben werden müssen, daß nicht blos die dem Gaste, welcher die Schuld kontrahirt hat, selbst gehörigen Sachen dem Pfandrechte unterliegen, sondern auch diejenigen seiner Angehörigen. Aber man muß noch einen Schritt weiter gehen. Insoferne nämlich der Eigenthümer der Sachen diese einem Anderen zu einem Zwecke anvertraut und übergeben hat, welcher die Kontrahirung der Wirthshausschuld nothwendig in sich schließt, muß auch angenommen werden, daß er stillschweigend seine Zustimmung zur Haftung der Sachen für dieselbe ertheilt hat[88]). In das Praktische übersetzt: wenn der Pferdehändler Fränkel seinen Knecht Daniel mit Pferden verschickt und dieser stellt dieselben bei einem Wirthe ein, so kann sich sicherlich Fränkel nicht auf sein Eigenthum berufen, wenn der Wirth wegen rückständiger Zeche und Futtergeldes die Pferde nicht wegläßt; denn es hat nothwendigerweise der Knecht die Erlaubniß haben müssen, die betreffenden Ausgaben zu machen und dafür aufzukommen. Ebenso ist es, wenn für die Zeche eines Handlungsreisenden die Waarenproben seines Hauses, welche er bei sich führt, retinirt werden u. dgl.

Eines besonderen Falles muß ich noch erwähnen: kann der Gastwirth das fragliche Recht auch an der Leiche seines Gastes ausüben? das heißt, kann er sagen: „ich lasse die Leiche nicht aus dem Hause, bis ich bezahlt bin[89])“? Ich glaube nicht; abgesehen davon, daß die Veräußerung eines

---

86) Theilweise anders Petersen S. 218 u. v. Wilmowski S. 291 und dann wieder etwas verschieden v. Sarwey S. (318) 381.

87) Vgl. meinen Kommentar zum A. D. HGB. Bd. I S. 42.

88) Ist ja doch umgekehrt der Wirth seinerseits auch für fremde eingebrachte Sachen haftbar. Vgl. Erk. des Berl. Obertribunals v. 24. Juni 1856 in Striethorst B. 21 S. 309.

89) Ich erinnere mich, einen solchen Fall auf einer meiner Reisen mitangesehen zu haben.

menschlichen Körpers zu anatomischen Zwecken nicht Gegenstand des Konkurses sein kann[90]), gehört jedenfalls der Gast selbst, der in ein Hotel einzieht, nicht zu den Sachen, die er einbringt.

ad 6. Künstler[a]), Werkmeister, Handwerker und Arbeiter[b]) wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen[c]), in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten[d]), noch in ihrem Gewahrsam befindlichen[e]) Sachen;

a. (Künstler).

Dieser Ausdruck ist deshalb im Gesetze aufgenommen, damit der Zweifel ausgeschlossen wird, ob auch die Thätigkeit gemeint sein soll, welche über den Begriff des Handwerks hinausgeht; z. B. hätte Thorwaldsen seine Forderung für die Restauration und Ergänzung der Aegineten durch das Absonderungsrecht — wenn es nöthig gewesen wäre — schützen können.

b. (Werkmeister, Handwerker und Arbeiter).

Es ist an sich einerlei, ob diese Personen selbständig oder in Gemeinschaft arbeiten, ob sie in Stück- oder Zeit-Lohn arbeiten. Vorausgesetzt ist aber natürlich, daß die Forderung gegen den Gemeinschuldner begründet ist. Wenn der Werkmeister A in Akkord übernommen hat, eine Million Ziegelsteine aus der Lehmgrube des B schlagen zu lassen und an ihn abzuliefern, und er hat sich dazu im Unterakkord Arbeiter angestellt, denen er den Lohn schuldig blieb, so können diese nicht an den Ziegelsteinen des B ein Absonderungsrecht geltend machen.

Trifft die Arbeit mehrerer Personen an der Sache zusammen, so kommt es darauf an, wer die Sache in Gewahrsam hat. Nur dieser kann das Absonderungsrecht geltend machen. Wenn aber die Bestellung nur bei einem der Arbeitenden erfolgte und dieser hat die Sache zur weiteren Behandlung einem Anderen übergeben, so hat dieser die Sache für den Ersten, dem bestellt ist, in Gewahrsam und also der Erste für die Gesammtforderung das Absonderungsrecht. Gesetzt also: der Maler Schmierfink hat für seine Landschaft beim Kunstschreiner Hobel einen Rahmen bestellt und nachdem dieser fertig ist, ihm aufgetragen, nun denselben zum Vergolder Messing zu bringen, der ihn vergoldet und noch bei sich stehen hat, als Schmierfink in Konkurs geräth. Hier hat Hobel kein Absonderungsrecht, wohl aber Messing. Hätte auch Messing dem Hobel die Schreinerarbeit bezahlt, das heißt also seine Forderung abgelöst, so könnte er doch, da diese Forderung keine Forderung für seine Arbeit und Auslagen[91]) ist, das Absonderungs-

90) Vgl. oben S. 55 u. 56.

91) Dies ist mir indessen zweifelhaft, nachdem man mit Hülfe der Grundsätze der

recht nicht geltend machen. Anders wenn Schmierfink von vorneherein bei Messing einen hübschen Rahmen bestellt hat, Messing die Holzarbeit seinerseits bei Hobel fertigen läßt und diesen dafür bezahlt. Oder auch wenn Schmierfink bei Hobel sich einen schwarz gebeizten und lackirten Rahmen bestellte, dieser ihn fertigt und dann zum Lackirer Terpentin schickt und der Konkurs ausbricht, während der Rahmen bei Herrn Terpentin trocknet. Hier hat Hobel das Absonderungsrecht sowohl für seinen Arbeitslohn wie für die Rechnung des Terpentin.

c. (Forderungen für Arbeit und Auslagen).

Dieser Ausdruck ist eingeschränkt zu interpretiren. Nicht allgemein alle Forderungen gegen den Besteller für Arbeit und Auslagen überhaupt sind mit Absonderungsrecht an den von den in Nr. 6 genannten Personen in Gewahrsam gehaltenen Sachen versehen, sondern nur Forderungen für Arbeit und Auslagen an dieser bestimmten Sache, welche in Gewahrsam ist [92]). Andere wenn auch in Folge der Bestellung erwachsene Unkosten sind nicht geschützt. Gesetzt z. B. der Schneider Stichler hat vom Kaufmann Kargus einen Ballen Baumwollenstoff erhalten, um daraus 100 Schlafröcke zu machen; weil Kargus sehr pressirte, so hat Stichler die von Privatier Uebel gewünschte Anfertigung einer neuen Livree abgelehnt. Fünf Schlafröcke sind fertig, da kommt Kargus in Konkurs, der Verwalter lehnt die weitere Anfertigung von Schlafröcken ab und Stichler ist, da Uebel inzwischen einen andern Schneider genommen, ohne Arbeit. Die Entschädigung für diesen Verlust kann Stichler zwar als Konkursforderung geltend machen, aber unter Ziff. 6 fällt sie nicht. Ebensowenig kann der Genannte, wenn er für Ausführung der Bestellung sich z. B. Knöpfe angekauft hatte, die ihm jetzt unnütz sind, diese Auslage durch die fünf fertigen Schlafröcke decken; er hat hier als Auslage nur den Preis für die auf diesen Schlafröcken angenähten Knöpfe zu rechnen, die Anschaffung der übrigen gewährt ihm nur eine Konkursforderung.

d. (der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten).

Es hat den Anschein, als ob die Bestimmung nur dann von Bedeutung sei, wenn der Gemeinschuldner Eigenthümer des Materials ist, an welches die Arbeit gewendet wurde. Allein dies ist nicht der Fall. Freilich wenn

---

negotiorum gestio doch wohl die wenn auch ohne Auftrag bezahlte Schreinerrechnung als „Auslage" erklären kann.

92) Ob der Vortheil, welchen die Sache durch Fertigung oder Ausbesserung erlangt hat, zu der Zeit der Geltendmachung des Absonderungsrechts noch besteht, ist ohne Einfluß. (Stieglitz S. 295.) Dies folgt aus dem Gegensatze zu Nr. 7.

der Gläubiger Eigenthümer der ganzen Sache ist, bedarf er keines Absonderungsrechtes; denn entweder der Konkursverwalter will den Werkverdingungsvertrag nicht erfüllt wissen, dann behält der Gläubiger die Sache im Wege des Aussonderungsrechtes. Oder aber der Verwalter verlangt Uebergabe des Werkes [93]), dann ist auch die Masse Schuldnerin. Inwieweit aber dieser gegenüber wegen Besorgniß der Nichtzahlung [94]) ein Retentionsrecht ausgeübt werden kann, richtet sich nicht nach Konkursrecht, sondern nach allgemeinem Civilrecht.

Anwendung findet aber das Absonderungsrecht auch dann, wenn eine Verbindung zweier Sachen zu gemeinschaftlichem Eigenthum stattgefunden hat, und in anderen ähnlichen Fällen.

e. (noch in ihrem Gewahrsam befindlichen).

Unter „Gewahrsam" versteht das Gesetz auch hier nur die faktische und rechtliche Möglichkeit, über die Sache zu verfügen. Hat zwar nicht der Gläubiger selbst, wohl aber ein Dritter für denselben den Gegenstand in Händen, so genügt dies als Voraussetzung des Absonderungsrechtes, da in Ziff. 6 nicht, wie in Ziff. 2 und 4, ein Verbleiben auf Grund und Boden des Berechtigten, auch nicht ein „Einbringen" derselben begehrt ist.

Sind die Sachen dem Gläubiger abhanden gekommen, er kann sie aber mittelst eines Rechtsmittels wieder in seinen Besitz bringen, so ist das Absonderungsrecht noch nicht verloren; verloren würde es erst dann erklärt werden müssen, wenn der Verwalter vor dem Berechtigten die Sache zur Masse gezogen hat [95]).

f. (Sachen).

Das Gesetz versteht unter diesem Ausdrucke nur „bewegliche Sachen". Die Maurer-, Zimmer- und Baumeister, überhaupt alle Werkmeister, welche an unbeweglichen Sachen des Gemeinschuldners Arbeit geliefert und Auslagen für dieselbe gehabt, z. B. auf dessen Grundstück ein Haus, einen Zaun oder dergleichen erbaut haben, genießen das Absonderungsrecht nicht. Wenn der Konkursverwalter die Vollendung des Werkes nach §. 15 der KO. ablehnt, so sind die dem Werkmeister bisher erwachsenen Auslagen und sein Arbeitshonorar einfache Konkursforderungen [96]).

---

93) Z. B. der Gemeinschuldner hatte bei einem Maler ein Bild bestellt; der Verwalter findet es vortheilhaft, den bedungenen Preis zu bezahlen und das Bild für die Masse zu verwerthen, etwa weil inzwischen der Künstler sich einen Namen gemacht hat und nun seine Bilder höher im Werthe stehen.

94) Im Falle des §. 53 der KO.

95) Vgl. hierüber oben S. 510.

96) Nach den meisten Civilrechten steht übrigens derartigen Forderungsberechtigten

ad 7. diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben[a]), wegen des, den noch etwa vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrages[b]) ihrer Forderung aus der Verwendung[c]), in Ansehung der zurückbehaltenen Sache[d]);

a. (diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben).

In welcher Weise die nützliche Verwendung geschehen ist, wird vom Gesetze nicht unterschieden; es muß aber eine Verwendung zum Nutzen der Sache[97]), nicht zum Nutzen des Eigenthümers vorliegen. Wenn also der A im Namen und Auftrage des Gemeinschuldners eine Sache gekauft und den Kaufpreis bezahlt hatte, so kann er, auch falls er die Sache an den Mandanten noch nicht abgeliefert hat, doch nicht etwa die obige Ziffer 7 für sich anrufen. Denn für die Sache ist es ohne Werth, wer bezahlt, das ausgelegte Geld des A ist nicht der Sache, sondern dem Mandanten zu Gute gekommen, es kann sich also der Vorschußleistende auch nur an diesen letzteren, nicht an die Sache halten[98]).

b. (wegen des den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrages).

Diese Bestimmung ist in Parallele zu stellen mit den Sätzen in §. 6 Abs. 2, §. 7 Abs. 1 und §. 31 der KO. und sind deshalb die dortigen Erläuterungen zu vergleichen.

Der Moment, in welchem der Vortheil noch vorhanden sein muß, ist übrigens nicht derjenige der Konkurseröffnung, sondern der Augenblick, in welchem der Verwalter die Sache zur Konkursmasse einziehen will.

c. (ihrer Forderung aus der Verwendung).

Durch diese Worte wird ausgedrückt, daß es nicht genügt, eine mit noch vorhandenem Vortheil für die Sache verbundene nützliche Verwendung auf dieselbe gemacht zu haben, um das Absonderungsrecht der Ziff. 7 geltend machen zu können, sondern daß eine weitere Voraussetzung vom Gesetze aufgestellt werden will. Es muß nämlich auch aus der Verwendung eine Forderung, sei es auf Rückgabe des Verwendeten oder auf Ersatz seines Werthes, begründet sein, und zwar eine Forderung gegen den Gemeinschuldner.

---

ein Hypothektitel zu, dessen Eintrag im Buch dann den Forderungen hypothekarische Rechte verleiht.

97) In diesem Falle jedoch genügt es natürlich, wenn nicht der Sache selbst, sondern ihrem Werthe Etwas zuwächst. Vgl. Schweppe, System S. 134.

98) Es wäre daher auch irrig zu glauben, so oft die actio de in rem verso gegeben sei, müsse auch das Absonderungsrecht der Ziff. 7 stattfinden.

Wann dies der Fall ist, darüber entscheidet das einschlägige Civilrecht[99]). Insoweit also dieses nur wegen nothwendiger, oder auch wegen nützlicher, oder gar wegen der sogenannten impensae voluptuariae einen Anspruch gewährt, besteht das Absonderungsrecht im Konkurse; soweit aber außerhalb des Konkurses eine Forderung nicht begründet erscheint[100]), kann Ziff. 7 nicht Platz greifen. Indessen ist dem Wortlaute des Gesetzes zufolge nicht nothwendig, daß das Civilrecht für die Forderung auch ein Retentionsrecht gewährt[101]). Selbst dann, wenn der Besitzer die Sache außerhalb des Konkursverfahrens dem Eigenthümer nicht vorenthalten darf, sondern wegen seiner Verwendungen nur einen obligatorischen Anspruch erheben kann, ist doch im Konkurse das Absonderungsrecht begründet.

d. in Ansehung der zurückbehaltenen Sache).

Das Gesetz sagt nicht „der in seinen Händen oder in seinem Besitze befindlichen" Sache, sondern verlangt ein „Zurückbehalten". Indessen wird hierunter auch hier nicht eine förmliche ausdrückliche Geltendmachung eines Retentionsrechtes, sondern das absichtliche Nichtaufgeben des Gewahrsames zu verstehen sein. Wenn also der Forderungsberechtigte die Sache dem Eigenthümer, oder einem Dritten, oder auch ohne Wahrung seines Rechtes dem Konkursverwalter abgeliefert hat, so erachte ich die Ziff. 7 nicht mehr für anwendbar.

ad 8. diejenigen, denen nach dem Handelsgesetzbuche[a]) an gewissen Gegenständen ein Pfandrecht[b]) oder Zurückbehaltungsrecht[c]) zusteht, in Ansehung dieser Gegenstände[d]);

a. (nach dem Handelsgesetzbuche).

Die Bestimmungen des A. D. GHB. sind durch die obige Vorschrift nicht nur im Allgemeinen aufrecht erhalten, sondern es wird ausgesprochen, daß die in dem genannten Gesetzbuche aufgeführten Pfand- und Retentionsrechte im Konkurse mit den aus dem Faustpfande fließenden Rechten vollständig und in allen Richtungen gleich gestellt sein sollen.

Eine weitere Ausdehnung haben aber die handelsrechtlichen Bestimmungen nicht erhalten. „Den Unterschied des Wesens der Pfandrechte (insonderheit des Pfandrechtes nach Art. 382 des A. D. HGB.) und des kaufmännischen Retentionsrechtes überhaupt aufzuheben, bezweckte — wie

99) Der unredliche Besitzer wird daher nur in den seltensten Fällen das Absonderungsrecht genießen.

100) Vgl. hierüber auch v. Sarwey S. (333) 386.

101) Die Motive (S. 214) scheinen indessen anderer Ansicht zu sein, und nehmen als Voraussetzung des Absonderungsrechtes im Konkurse das Bestehen eines Retentionsrechtes außerhalb desselben an.

sich aus der Fassung und systematischen Stellung des §. 41 der KO. ergibt — der Gesetzeswille keineswegs. Namentlich kann eine solche Gleichstellung nicht beabsichtigt sein im Verhältnisse desjenigen, welcher ein solches Retentionsrecht geltend macht, zu denjenigen dritten Personen, welche von dem Retinenten die Herausgabe der in seinem Gewahrsame befindlichen Waare mit der Vindikation, Besitzrechtsklage oder Verfolgungsklage des Absenders forbern" [102]).

b. (ein Pfandrecht).

Der Art. 309 des A. D. HGB. bestimmt, daß Kaufleute sich gegenseitig an beweglichen Sachen, an Papieren auf Inhaber oder an indossabeln Papieren für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften Pfandrechte auch ohne Beobachtung der im bürgerlichen Gesetze vorgeschriebenen Förmlichkeiten bestellen können. Die auf solche Art bestellten Pfandrechte gelten also [103]) als Faustpfänder und gewähren das Absonderungsrecht nach §. 41 Ziff. 8 [104]). Dasselbe Recht haben die schon vom Gesetze eingeräumten Pfandrechte [105]), nämlich:

1) das in Art. 374 des A. D. HGB dem Komissionär eingeräumte Pfandrecht am Kommissionsgute und das ihm in Art. 368 Abs. 2 gewährte Absonderungsrecht an den ausstehenden Kommissionsforderungen;

2) das in Art. 382 dem Spediteur zustehende Pfandrecht am Speditionsgute;

3) das in Art. 409 dem Frachtführer am Frachtgute gegebene und das in Art. 410 dem letzten Frachtführer eingeräumte Pfandrecht;

4) das Pfandrecht des Verfrachters im Seehandel gegenüber dem Empfänger, dem Befrachter und dem Reisenden nach Art. 624, 626, 615, 629 u. 675;

5) die Pfandrechte der Vergütungsberechtigten bei großer Havarey (Art. 727), der Gläubiger wegen Bergungs- und Hülfskosten (Art. 753);

6) die Pfandrechte der Schiffsgläubiger (Art. 757 ff.);

7) das in Art. 893 dem Versicherungsnehmer an der Police und an der Forderung des Versicherten gegen den Versicherer eingeräumte Pfandrecht [106]).

---

102) Erk. der RG. v. 24. Februar 1883 (Entscheid. Bd. VIII S. 81.)

103) Natürlich soferne die Besitzübertragung nach Art. 309 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 stattgefunden hat.

104) Soferne bei Konkurseröffnung der Besitz noch besteht.

105) Vgl. Laband, die gesetzlichen Pfandrechte, in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. IX S. 425 fg.

106) Motive zum II E. S. 215.

c. (ein Zurückbehaltungsrecht).

Ein Zurückbehaltungs-(Retentions)-Recht räumt das A. D. HGB. den Kaufleuten ein wegen aller Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften (Art. 313) und zwar im Konkurse auch wegen nichtfälliger Forderungen (Art. 314)[107].

d. (in Ansehung dieser Gegenstände).

Diese Worte sind mit Rücksicht auf den Inhalt der in der vorigen Erläuterung citirten Artikel des A. D. HGB zu ergänzen: „soweit sie sich bei Eröffnung des Konkurses noch im Gewahrsame des Gläubigers befunden haben". Denn auch hier muß das Absonderungsrecht — wie sich die Motive ausdrücken — mit dem Besitze der Sache, an welcher das gesetzliche Pfandrecht haftet, stehen und fallen[108].

ad 9. diejenigen, welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Gegenstände.

I. Der §. 709 der Civ.-Pr.-O. bestimmt, daß das durch Pfändung zum Vollzuge einer Zwangsvollstreckung erworbene Pfandrecht dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte gewähre, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht[109]. Demgemäß muß solchen

107) Vgl. hierüber die Erläuterungen im Kommentare v. Anschütz und Völderndorff Bd. III S. 190 fg.

108) Ueber die Natur des kaufmännischen Retentionsrechtes sind eine große Anzahl von Präjudizien des ROHG. ergangen, vgl. z. B. Bd II S. 77 und 383. Bd. V S. 303. Bd. VII S. 213. Bd. IX S. 242. Bd. X S. 70. Bd. XII S. 27. Bd. XV S. 99 u. 363. Bd. XVII S. 292. Bd. XVIII S. 274. Bd. XIX S. 57 u. 369. Bd XX S. 309 u. 322. Bd. XXII S. 27. Besonders sind hieher gehörig: das Erk. v. 7. Juni 1873 (Bd. X S. 162), welches sagt: „in Ansehung des Retentionsrechtes aus Art. 313 des A. D. HGB. kommt in Betracht, daß dessen Erwerb durch Erlangung des Sachbesitzes bedingt ist." Ferner das Erk. v. 19. Juni 1874 (Bd. XVI S. 112), in welchem ausgesprochen ist: „daß der Retentionsberechtigte in der Lage sein müsse, über die Sache zu verfügen. Die Möglichkeit hiezu werde aber dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein entgegenstehendes Hinderniß nur durch gerichtliches Einschreiten beseitigt werden könne." (Z. B. ein rechtswidriger Verschluß des Aufbewahrungsraumes durch den Gegner). Endlich das Erk. v. 5. März 1879 (Bd. XXV S. 84 ff.), welches bei faktischer Zurückgabe den Vorbehalt des Retentionsrechtes für ausgeschlossen erklärt. Zu bemerken ist noch das Erk. des RG. v. 24. Februar 1883 (Entscheid. Bd. VIII S. 79 ff.), wonach die KO. durch die Gleichstellung in §. 41 Ziffer 8 keineswegs beabsichtigt hat, den Unterschied zwischen dem Pfandrechte nach Art. 382 des A. D. HGB. und dem kaufmännischen Retentionsrechte überhaupt aufzuheben.

109) Der weitere Satz des §. 709: „es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt

Pfandrechten auch das Absonderungsrecht im Konkurse zustehen. Es wird nun aber auch der Sicherungsarrest nach §. 810 der Civ.-Pr.-O. in bewegliches Vermögen durch Pfändung bewirkt und die Motive stellen daher mit Recht die auf solche Weise entstandenen Pfandrechte auch hieher[110]).

Fraglich könnte nur sein, ob nicht auch dann ein Absonderungsrecht begründet erscheine, „wenn zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung eine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung stattgefunden hat", und Abg. Hullmann hatte in der zweiten Lesung[111]) beantragt, der Ziffer 9 einen solchen Beisatz zu geben. Allein der Antrag wurde nicht angenommen, weil (nach der Bemerkung des Reg.-Vertr. Hagens) die Frage, ob die Hinterlegung ein Pfandrecht begründe oder ob dieselbe unter Umständen der Zahlung gleichstehe[112]), weder in der Civilprozeß- noch in der Konkursordnung zu entscheiden ist, sondern in das Gebiet des materiellen Civilrechtes gehört[113]). So viel steht jedenfalls fest, daß eine solche zur Sicherheit gegebene oder hinterlegte Sache nicht ohne vorher den Gläubiger befriedigt zu haben zur Masse gezogen werden kann.

Dasselbe muß Rechtens sein, wenn nicht die gepfändete Sache selbst, sondern in Gemäßheit des §. 659 der RCiv.PrO. der Erlös der bereits vom Gerichtsvollzieher versteigerten Sache (oder auch gepfändetes Geld) hinterlegt wird. Was die Fälle des §. 750 und der §. 72 der RCivPrO. betrifft, in welchen der Drittschuldner die für mehrere Gläubiger gepfändete Geldforderung oder der Schuldner das von Mehreren in Anspruch genommene Streitobjekt hinterlegt, so wird sich auch hier meines Erachtens das Absonderungsrecht der Gläubiger nicht wohl ausschließen lassen[114]).

Daß eine im Verwaltungswege erfolgende Sicherungs- oder Vollstreckungspfändung das Absonderungsrecht der Ziff. 9 gleichfalls gewährt, soferne das Landesrecht einer solchen die gleiche Wirkung wie einer nach Maßgabe der Civilprozeßordnung erfolgenden Pfändung beilegt, versteht

---

sind", findet in Bezug auf „Pfandrechte" keine Anwendung, weil an beweglichen Sachen Pfandrechte, welche den Faustpfändern nicht gleichgestellt wären, in der KO. nicht vorkommen.

110) Die Berathungskommission war derselben Ansicht; die Bedenken, ob die Ansicht auch durch den Text des Gesetzes deutlich genug wiedergegeben sei (vgl. K. Prt. S. 43 fg.), sind nicht als begründet erachtet worden.

111) K. Prt. S. 150.

112) Appellrath Dr. Hauser machte mit Recht darauf aufmerksam, daß die Hinterlegung unter Umständen nicht blos ein Pfandrecht begründen, sondern auch eine — allerdings nur bedingte — Zahlung sein könne.

113) Vgl. auch die Aeußerung des Abg. Hullmann auf die Erklärung des Reg.-Rath Hagens a. a. O.

114) Siehe übrigens v. Wilmowski S. (153) 245.

sich von selbst[115]). Eine solche Exekutionsbefugniß steht in Bayern[116]) unter Umständen den Rentämtern, den Postämtern und den Stiftungs- und Gemeindeverwaltungen zu[117]); ferner in gewissen Fällen den Polizeibehörden. Endlich muß wohl auch angenommen werden, daß in solchen Fällen, in welchen den Privaten gestattet ist, wegen Besitzstörung sich selbst ein Pfand zu nehmen (z. B. wo Grundbesitzer wegen Betretens eines Grundstückes die Selbstpfändung vornehmen dürfen)[118]), das Absonderungsrecht an den gepfändeten Sachen gleichfalls besteht[119]). Wenn also z. B. der Bauer Grobian dem über seinen Kleeacker fahrenden Baron Strudelwitz seine mit silbernem Knopf versehene Peitsche abpfändet und Strudelwitz kommt, ehe er solche ausgelöst hat, in Konkurs, so wird Bauer Grobian für seine Entschädigungsforderung wohl sich an die Peitsche halten können.

II. Wann ist das Pfandrecht, welches das Absonderungsrecht der Ziff. 9 gewährt, erworben[120])? Jedenfalls dann nicht, wenn zwar eine Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner versucht wurde, dieselbe aber fruchtlos geblieben ist. Das bisherige Bayerische Recht[121]) ist demnach in dieser Beziehung geändert. Erforderlich erscheint vielmehr, daß eine gewisse einzelne Sache auch wirklich von dem Gerichtsvollzieher in Besitz genommen worden ist (§. 712 der RCiv.-Pr.-O.). Nun frägt es sich aber weiter: wie ist es, wenn diese vom Gerichtsvollzieher in Besitz genommene Sache nicht in den Gewahrsam des Gläubigers oder eines Dritten für den Gläubiger gebracht, sondern nach §. 712 Abs. 2 beim Schuldner belassen wurde? Nachdem der §. 709 der R.Civ.-Pr.-O. dem durch Pfändung erworbenen Pfandrechte im Verhältnisse zu anderen Gläubigern nur dieselben Rechte, wie einem durch Vertrag erworbenen Faustpfandrechte zuspricht, der §. 14 des Einf.-Ges. zur Konkursordnung aber dem Faustpfandrechte die Befug-

115) Motive.

116) Vgl. hierüber Seuffert, Kommentar zur Bay. G.-O. Bd. IV S. 286 ff., u. Wernz, Kommentar S. 706 ff.

117) Gemeindeordnung vom 29. April 1869 Art. 99 u. 143.

118) Z. B. nach Pr. LR. Th. I Tit. 14 §§. 413 ff.; Bayer. LR. Th. II Cap. VI §. 24.

119) Der I. E. hatte in §. 49 Ziff. 7 diese „Pfändung auf frischer That" ausdrücklich erwähnt. Die Modifikation des jetzigen Textes schließt, da das Wort „Pfändung" verallgemeinert wurde, diese Pignorationen nicht aus.

120) Maßgebend ist das Recht des Ortes, wo die Sache, die gepfändet werden soll, sich befindet. Erk. des RG. vom 20. Oktober 1882 (Entscheid. Bd. VIII S. 113).

121) Prioritätsordnung v. 1822 §. 23 Ziff. 8 nach dem Plenarbeschluß v. 11. Juni 1849.

niß zur Absonderung im Konkurse lediglich dann einräumt, wenn beim Ausbruche des Konkurses der Berechtigte die Pfandsache realiter in Händen hat[122]), so könnte man der Meinung sein, daß eine nach §. 712 Abs. 2 behandelte Sache, weil das Moment des „Gewahrsams" fehlt, dem Absonderungsrechte nicht unterliege. Da indessen der §. 41 Ziff. 9 sich nur der Worte bedient: „welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben", ohne dies zu beschränken (wie in den vorhergehenden Ziffern geschieht[123]), und das Absonderungsrecht durch die „Pfändung" als solche, nicht durch die Hinwegnahme der Sache als begründet erklärt wird, so wird man die in §. 712 Abs. 2 erwähnte Maßnahme nicht als eine das Absonderungsrecht vernichtende auffassen dürfen. Vielmehr muß angenommen werden, daß eine vom Gerichtsvollzieher gesiegelte oder sonst ersichtlich bezeichnete Sache als „symbolisch" im Gewahrsam des Gläubigers befindlich erachtet werden soll. Hieraus ergibt sich aber, daß zur Begründung des Absonderungsrechtes jedenfalls die Fortdauer dieses Zustandes gehört; die gepfändete Sache muß also bei Ausbruch des Konkurses noch gesiegelt oder ersichtlich der Pfändung unterstellt erscheinen. Eine Beseitigung dieser Zeichen vernichtet den Effekt der Pfändung und der Berechtigte kann sich auf die Thatsache, daß eine Pfändung stattgefunden hat, wenn sie nicht mehr erkennbar ist, keinesfalls berufen. Es ist durchaus nothwendig, daß hierin die Praxis mit aller Strenge vorgeht.

---

§. 42.

Regreßpflicht wegen Umgehung der KO.

Wer nach der Eröffnung des Konkursverfahrens[a]) oder mit Kenntniß des Eröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung[b]) eine Konkursforderung[c]) dem im Auslande[d]) wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes[e]) oder in der Absicht, daß dieser die Forderung erwerbe[f]), einer Mittelsperson[g]) abtritt[h]), ist verpflichtet[i]), zur Konkursmasse den Betrag[k]) zu ersetzen, welcher derselben dadurch entgeht, daß der Inhaber für die Forderung nach dem Rechte des Auslandes

---

122) Vgl. §. 14 des Einf.-Ges.

123) Z. B. in Ziff. 2 u. 4, „soferne die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden".

entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes ein Absonderungsrecht an dem Gegenstande ausübt. Die Vorschrift des §. 26 findet entsprechende Anwendung [1]).

I. E. — II. E. §. 42; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. Pr. O. —

a. (nach der Eröffnung des Konkursverfahrens).

Hierunter ist die nach §. 100 der KO. im Beschlusse auf Ganteröffnung anzugebende Stunde gemeint. Die Bestimmung des §. 6 Abs. 3 der KO. (daß von Handlungen, welche am Tage der Konkurseröffnung vorgenommen werden, vermuthet wird, sie seien nach der Eröffnung vorgenommen) findet zwar hier keine analoge Anwendung; allein in solchen Fällen wird in der Regel eine Kenntniß der Zahlungseinstellung als bewiesen erachtet werden können [1]).

b. (mit Kenntniß des Konkurseröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung).

Vgl. hierüber die Erörterungen zu §. 23 oben S. 323 ff.

c. (eine Konkursforderung).

Es ist einerlei, ob der Konkursforderung, welche abgetreten wird, im Inlande ein Absonderungsrecht überhaupt nicht oder nur ein eingeschränktes zur Seite steht. Der §. 42 findet daher z. B. auch dann Anwendung, wenn der Kaufmann A aus München, welcher dem Fabrikanten B aus Augsburg, der seinen Wohnort verlassen und in X mit ziemlichem Gepäck sich aufhält, 100 Mark als Darlehen gegeben hat, diese Forderung an dessen Gastwirth C in X cedirt, weil in dieser ausländischen Stadt der Wirth nicht blos [2]) wegen der Forderung für Wohnung und Bewirthung, sondern wegen aller Ansprüche gegen den Gast sich an dessen Effekten halten kann.

d. (im Auslande).

Als Ausland erscheint jedes außerdeutsche Land (vgl. oben S. 115). Besteht mit dem Auslande ein Staatsvertrag über unbedingte Herausgabe schuldnerischen Vermögens an das zuständige Konkursgericht, so cessirt zwar die Vorschrift des §. 42, aber nur deshalb, weil die Voraussetzung der Beschädigung der Masse nicht eintritt.

Sollte die in §. 42 näher bezeichnete Manipulation zwischen Inländern geschehen, so wäre sie (nach einer Konstatirung im Protokolle der Justiz-

---

1) Es ist als transitorische Bestimmung der §. 10 des Einf.-Ges. zur KO. in Betracht zu ziehen, wonach der §. 42 (soferne nicht das bisherige Gesetz eine Anfechtung ausschließt) auch dann Anwendung findet, wenn die Abtretung der Forderung in der Zeit vor dem 1. Oktober 1879 erfolgte.

2) Wie nach §. 41 Ziff. 5 der KO.

kommission, Prt. S. 45) unwirksam, bez. anfechtbar. Es wird hiegegen erinnert[3]), daß zwar, wenn diese Abtretung nach der Konkurseröffnung geschah, der §. 12 der KO. die Unwirksamkeit herbeiführt, ein Anfechtungsfall aber deshalb nicht vorliegt, weil eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners gar nicht in Frage stehe. Gesetzt folgenden Fall: Baron Spielhans verpfändet in Dingskirchen (woselbst nur notarielle Pfandbestellung gesetzlich gültig ist) mündlich dem Aaron Levi seine zwei Schimmel; Levi bringt die Pferde nach Scharfhausen (woselbst jede Pfandbestellung gilt) und stellt sie beim Wirth Unterschlupf in den Stall. Nun kommt Spielhans in Konkurs und Levi cedirt seine Forderung mit dem Pfand an Unterschlupf. Richtig ist, daß die Anfechtbarkeit nach §. 22 ffg. sich hier nicht konstruiren läßt, denn der Gemeinschuldner hat gar nicht gehandelt. Allein Levi konnte doch sein Pfandrecht nur so abtreten, wie er es hat, und er hat ein unwirksames, das dadurch nicht wirksam wird, weil es, wenn anfänglich in Scharfhausen konstituirt, wirksam gewesen wäre. Wenn aber Levi selbst die Schimmel dem Unterschlupf in Afterpfand gibt, erwirbt letzterer zwar gegen Levi ein gültiges Pfandrecht, nicht aber gegen Spielhans und deshalb auch kein Absonderungsrecht. Ich glaube daher, im Inlande kann ohngeachtet der partikularrechtlichen Verschiedenheiten der Fall nicht eintreten, daß „ein Gläubiger entgegen der Konkursordnung ein Absonderungsrecht ausübt[4])."

e. (Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes).

Es ist einerlei, ob dies ein Immobile oder ein Mobile ist. Da indessen im vorstehenden Paragraphen natürlich nicht ein zur Konkursmasse in abstracto gehöriger Gegenstand gemeint ist, sondern ein Gegenstand, welcher, obwohl im Auslande befindlich, doch zur Konkursmasse eingeliefert würde, wenn nicht die Cession in Mitte träte, bei Immobilien aber dies in der Regel nicht geschieht, so wird die Vorschrift hauptsächlich bei Mobiliarwerthen praktisch.

f. (in der Absicht, daß dieser die Forderung erwerbe).

Das Bestehen dieser Absicht muß vom Konkursverwalter nachgewiesen werden, wird sich indessen natürlich aus den Verhältnissen in der Regel ohne strikten Beweis ergeben[5]). Hat der erste Cessionar die weitere Cession selbst nach der Konkurseröffnung oder mit Kenntniß der Zahlungseinstellung

3) Stieglitz S. 301, v. Wilmoski S. 246.

4) Ebenso v. Sarwey S. (329) 392.

5) Meines Erachtens wird der Richter hier mehr die negative Seite zu beachten und zu prüfen haben: geht aus der Sachlage hervor, daß hier ein Bona-fide-Geschäft vorliegt? Wenn nicht dafür Gründe sprechen, so wird der Fall unter §. 42 zu ziehen sein.

bezieh. des Antrages auf Konkurseröffnung vorgenommen, so haftet er gleichfalls und etwaige weitere Cedenten solidarisch[6]).

g. (einer Mittelsperson).

Ob diese Mittelsperson ein Inländer oder ein Ausländer ist, kommt nicht in Betracht. Wenn also A seine Forderung gegen den Gemeinschuldner Z an den in Deutschland wohnenden B cedirt und dieser tritt sie an den in Frankreich wohnhaften C ab, welcher Sachen des Z in Verwahr hat, so ist[7]) der Fall des §. 42 gegeben; aber auch wenn A an den in Frankreich domicilirenden D cedirt hat und dieser erst an C[8]).

h. (abtritt).

Ob eine bloße Cession oder eine förmliche Novation vorgenommen wird, macht keinen Unterschied; ebenso nicht, welches Rechtsverhältniß als Grund der Abtretung zwischen dem Inländer und dem im Auslande befindlichen Dritten obwaltet.

i. (ist verpflichtet).

I. Wenn keine Staatsverträge in Mitte liegen, so vermag die Konkursordnung durch ihre im Titel 5 gegebenen Bestimmungen nicht zu verhindern, daß an Sachen des Gemeinschuldners, welche im Auslande sich befinden, den ausländischen Gläubigern mehr und umfangreichere Absonderungsrechte gewährt werden, als die in der KO. zugelassenen. Setzen wir z. B., in Spanien bestehe der Grundsatz, daß von dem innerhalb der spanischen Grenzen befindlichen Vermögen eines Fremden nur dasjenige an das Konkursgericht des Heimathlandes herausgegeben wird, was nach Befriedigung aller spanischen Gläubiger übrig bleibt; wenn ich nun weiß, Kaufmann Zucker, welcher mir 1000 Mark für gelieferte Waaren restirt, hat den Antrag auf Konkurseröffnung gestellt und seine Passiva übersteigen die Aktiva um etwa das Doppelte; ich weiß ferner, er hat in Sevilla ein Kommissionslager im Werthe von 2000 Mark, so könnte ich, um zu meinem Gelde zu kommen, einfach dem dortigen Agenten Figaro meine Forderung cediren, welcher sich als Spanier zum vollen Betrage aus den dortigen Waaren des Zucker bezahlt machen würde. Solche Manipulationen verhindert der §. 42. Sein legislatives Motiv ist die par conditio omnium creditorum, welche verletzt würde, wenn sich ein Gläubiger wissentlich einen ihm nicht gebührenden Vorzug verschaffen wollte.

II. Die Verpflichtung des Cedenten zum Ersatze muß selbstverständlich von Jemandem in's Leben gerufen werden, denn von selbst wird der Pflich-

---

6) Motive zum II. E. S. 221.

7) Beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen.

8) Vgl. auch oben S. 120 u. 121.

tige nicht zahlen. Wer ist dies? Keinenfalls der Richter; denn von Amtswegen ist dem ganzen Systeme der Konkursordnung zufolge nicht vorzugehen. Ich glaube, es hat die Bestimmung des §. 29 der KO. Platz zu greifen; denn wenn auch ein Fall der Anfechtung nach Maßgabe des dritten Titels nicht gegeben ist, so involvirt die Rückersatzforderung doch in Wirklichkeit allerdings eine Nichtanerkennung der Rechtshandlung, durch welche der cedirende Gläubiger seine Befriedigung erlangt hat[9]). Sonach erachte ich nur den Verwalter, nicht auch die einzelnen Mitgläubiger als legitimirt zur Geltendmachung des Rückforderungsrechtes nach §. 42.

k. (den Betrag).

Als derjenige Betrag, welchen der Cedent der Konkursmasse zu ersetzen hat, erscheint die Differenz zwischen der Summe, welche der Cessionar im Auslande aus dem Absonderungsobjekte erlöst, und der Dividende, welche im Inlande auf die Forderung des Cedenten entfallen wäre[10]). Hieraus ergibt sich, daß die Rückforderung eigentlich erst am Ende der Vertheilung geltend gemacht werden könnte. Allein dies wäre unpraktisch; es wird also der Verwalter mit Berufung auf die Anfechtbarkeit der ganzen Manipulation den vollen von dem Gläubiger in Empfang genommenen Betrag zur Konkursmasse einziehen und der Gläubiger vorerst nur dasjenige zurückhalten können, was ihn an Prozenten in den etwa bereits stattgehabten Vertheilungen getroffen hätte[11]). Natürlich kann aber dann der Gläubiger seine Forderung im Konkurse geltend machen[12]).

l. (Die Vorschrift des §. 26 findet entsprechende Anwendung).

---

9) „Diese Schadensersatzpflicht steht mit der Pflicht zur Rückgewähr des durch eine anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners Veräußerten auf gleicher Linie". Fuchs, Concursprozeß S. 67.

10) Würde ich daher im Beispiele unter lit. i. nur 45% meiner Forderung bei ordnungsgemäßer Liquidirung aus der Masse erhalten haben, so hätte ich 1000—450 Mark, das heißt 550 Mark zu ersetzen. Dagegen sagt Fitting §. 20 Note 40, „es entspreche dem Wortlaute und da es sich hier nur um einen besonderen Fall der Anfechtung handle, — auch dem Geiste des Gesetzes, sowie dem praktischen Bedürfnisse, daß der Masse der ganze Werth des Gegenstandes zu ersetzen sei." Da indessen dann jedenfalls der Gegner seine Forderung im Konkurse geltend machen kann, bleibt der Effekt derselbe. Vgl. auch Nassow und Küntzel Beiträge Bd. 31. S. 894.

11) Sonach gesetzt, es wären im Konkurse des Zucker zur Zeit, als der Verwalter nur die in Spanien erhobene Summe absorbert, zwei Vertheilungen vorgenommen und zwar in der ersten 5%, in der zweiten 8% vertheilt worden, so müßte ich 370 Mark refundiren.

12) Vgl. v. Wilmowski S. (156) 245.

Wenn die Abtretung der Forderung früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt ist, so kann sie nicht angefochten werden aus dem Grunde, daß die Zahlungseinstellung des Schuldners dem Cedenten bekannt gewesen sei. Das Nähere ist bereits oben S. 373 ff. erläutert. Auf den Grund der Kenntniß des Cedenten von dem Antrage auf Konkurseröffnung könnte die Verfolgung nach dem Wortlaute des §. 42 wohl noch gegründet werden, allein hoffentlich wird nicht jemals zwischen dem Antrage auf Konkurseröffnung und der Eröffnung eine sechsmonatliche Frist verstreichen.

---

§. 43.

Absonderungsanspruch der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer.

Hat der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens[a]) eine Erbschaft erworben[b]), so können[c]) die Nachlaßgläubiger[d]) und Vermächtnißnehmer[e]) abgesonderte Befriedigung aus den bei der Eröffnung vorhandenen Nachlaßgegenständen[f]) verlangen[g]), soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht[h]).

I. E. §. 229–232; II. E. §. 43; Pr. H. E. —; Pr. KO. §. 37, 256–262; B. Pr. O. §. 8. Ziff. 4.

a. (vor der Eröffnung des Konkursverfahrens).

Nachdem zufolge der Bestimmung in §. 1 der KO. (vgl. oben S. 45 u. 82 ffg.) die nach Eröffnung des Konkursverfahrens erworbenen Erbschaften ohnehin nicht zur Masse gezogen werden können, versteht es sich von selbst, daß die Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer mit Ausschluß anderweitiger Gläubiger, welche an die Person des Erben eine Forderung haben, sich an den Nachlaß halten können. Anders stellt sich die Sache, wenn die Erbschaft bereits vor der Konkurseröffnung erworben ist. In diesem Falle sind an sich die Gläubiger des Erben ebenso berechtigt, sich an den Bestand des ererbten Vermögens zu halten, wie die ursprünglich an dasselbe angewiesenen Gläubiger des Erblassers und die Vermächtnißnehmer. Indessen tritt hier der Rechtssatz in Mitte, daß kein Gläubiger ohne seinen Willen durch einen Wechsel in der Person des Schuldners schlechter gestellt werden darf, und deshalb hat sowohl das Gemeine Recht[1]), wie ihm folgend alle übrigen in Deutschland geltenden

---

1) fr. 1 §. 12, 13 D. de sep. (42, 6).

Partikularrechte[2]) diese Gleichstellung nicht zugelassen, sondern den unmittelbar Berechtigten ein sogenanntes Separationsrecht gewährt. Es wurde dies so behandelt[3]), daß das Vermögen des Schuldners nicht als Ganzes aufgefaßt, sondern nach seinen verschiedenen Bestandtheilen getrennt gehalten und neben dem Universalkonkurs über das ursprüngliche persönliche Vermögen des Erben, an welchem sich[4]) alle — auch die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer — betheiligen konnten, ein Partikularkonkurs über die Erbschaft eröffnet wurde, an welchem nur die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer Theil nahmen. Dieses System befolgt (wie schon oben S. 8 erörtert wurde) unser Gesetz nicht. Dasselbe kennt keinen Partikularkonkurs, sondern beläßt nur den unmittelbar Berechtigten die Befugniß, sich aus den Sachen zu befriedigen, an welchen ihr Recht haftet und zwar erkennbar haftet.

b. (eine Erbschaft erworben).

I. Das Gesetz verlangt als Voraussetzung des Absonderungsrechtes des §. 43 den vorgängigen Erwerb der Erbschaft durch den Gemeinschuldner und es decken sich daher die beiden Begriffsbestimmungen nach §. 1 und §. 43 vollständig. Ist die Erbschaft zwar vor der Konkurseröffnung angefallen, es bedarf aber noch einer Handlung des Delaten zum wirklichen Erwerb und diese Handlung findet erst nach der Konkurseröffnung statt, so haben allerdings auch hier die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer ein unmittelbares Recht an der Erbschaft, aber dieses geht viel weiter als §. 43 es gewährt. Denn nicht nur ist dasselbe ein ausschließliches, ein vorgehendes[5]), sondern es erstreckt sich auch auf die Erbschaft als solche, als „Vermögen", nicht, wie nach §. 43, blos auf die Nachlaßgegenstände.

II. Es ist einerlei[6]), wie lange vor der Konkurseröffnung die Erbschaft erworben wurde; die Beschränkung des I. E. §. 229, daß der Erwerb „im letzten Jahre" stattgefunden haben müsse, ist in dem Gesetze nicht adoptirt.

III. Nur auf den Erwerb durch Erbschaften bezieht sich §. 43[7]).

---

2) Darunter auch das Pr. LR. Thl. I Tit. 16 §. 500 ff. und der Code civil Art. 878.

3) Vgl. Schweppe S. 269; v. Bayer S. 58 und 59.

4) Vorbehaltlich der Wirkung einer Erbschaftsantretung cum beneficio inventarii, siehe lit. c II.

5) Das heißt die übrigen Gläubiger bekommen auch nicht das nach Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer übrig Bleibende.

6) Vorbehaltlich der landesgesetzlichen Einschränkungen.

7) Nach v. Sarwey S. (330) 394.

Schenkungen eines ganzen Vermögens oder Gutsübergaben unterliegen ohnehin der Anfechtung, wenn sie zur Benachtheiligung der Gläubiger führen würden.

c. (so können).

I. Das in §. 43 gewährte Absonderungsrecht muß wie alle übrigen von dem Berechtigten geltend gemacht werden. Von Amtswegen wird dasselbe nicht berücksichtigt, die Absonderung aber wird auf Antrag vom Gerichte verfügt[8]). Der Verwalter hat daher bei der Besitznahme der Konkursmasse[9]) die Nachlaßgegenstände nicht von freien Stücken auszuscheiden[10]), sondern er hat abzuwarten, bis die Absonderungsberechtigten die in §. 108 der KO. vorgeschriebene Anzeige machen[11]). In diesem Falle betreibt sodann der Verwalter die Verwerthung der Nachlaßgegenstände nach Maßgabe des §. 117[12]) der KO. Daß jeder Berechtigte seinen Anspruch selbständig geltend machen kann, bedarf kaum der Erwähnung. Ebenso, daß die von ihm erwirkte Absonderung nur für ihn, nicht auch für die übrigen Berechtigten wirkt. Wie nun aber, wenn mehrere Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer konkurriren? In diesem Falle richtet sich die Befriedigung derselben vor Allem nach dem Grundsatze, daß die Erbschaft nur in demjenigen besteht, was nach Abzug etwaiger Schulden übrig bleibt[13]); die Vermächtnißnehmer gehen also den Gläubigern nach; die Gläubiger selbst reihen sich, soferne dieselben nicht sämmtlich befriedigt werden können, nach Maßgabe der Vorschriften über die Vertheilung eines durch Zwangsvollstreckung erzielten Erlöses außerhalb des Konkursrechtes[14]).

II. Man darf übrigens nicht annehmen, daß die Ausübung des Absonderungsanspruches durch eine Ueberschuldung des Nachlasses bedingt sei[14]). Die Suffizienz der Nachlaßsachen zur Befriedigung aller Nachlaßgläubiger schließt so wenig das Absonderungsrecht aus, wie die Suffizienz etwa eines

---

8) Die Anordnung der Absonderung erscheint als eine auf dem bürgerlichen Rechte beruhende einstweilige Verfügung im Sinne des §. 16 Ziff. 4 des Einführungsgesetzes zur Deutschen Civilprozeßordnung.

9) Vgl. die Erläuterungen zu §. 107.

10) Eben weil kein Partikularkonkurs vom Gesetze anerkannt wird.

11) Hiebei sind sie an die vom Gerichte bestimmte Frist gebunden. Allein die Versäumung derselben macht sie nur haftbar für etwaigen Schaden, präkludirt aber ihren Anspruch nicht. Vgl. unten lit. g. Die Pflicht des §. 110 entfällt natürlich, weil hier der Besitz auf Seite der Absonderungsberechtigten fehlt.

12) Vorbehaltlich bestehender Vindikationsansprüche, vgl. unten lit. e.

13) Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.

14) Wie dies nach älterem Bayerischem Rechte der Fall war. GO. v. 1753. Cap. XX. §. 17 Nr. 8.

Waarenlagers das Separationsrecht der sämmtlichen gedeckten Pfandgläubiger[15]). Und mit Recht. Denn wenn das Absonderungsrecht seinen Zweck vollständig erreichen soll, so muß es die Berechtigten auch gegen den Nachtheil schützen, der ihnen aus einer künftigen Verschlimmerung der Verhältnisse des Erben entstehen kann. Ein solcher Schutz ist insbesondere für diejenigen Berechtigten Bedürfniß, deren Ansprüche befristet oder bedingt sind und erst nach längerer Zeit geltend gemacht werden können; sie müssen befugt sein, sich die Deckung, welche ihnen der Nachlaß gewährt, für die Zeit zu sichern, wo sie ihre Ansprüche geltend machen können. Müßten sie dem Erben, so lange er zahlungsfähig ist, die freie Verfügung über den Nachlaß gestatten, so würden sie, wenn er später in Zahlungsunfähigkeit geräth, von dem Nachlasse häufig nichts mehr vorfinden und wären damit des Schutzes, der ihnen zugedacht ist, verlustig. Doppelt bedenklich wird das Erforderniß der Zahlungsunfähigkeit des Erben, da die Zulässigkeit der Absonderung im Interesse des Erben und seiner Gläubiger auf einen gewissen, ziemlich kurzen Zeitraum nach dem Erbschaftsantritte beschränkt ist; denn dasselbe entzieht den Berechtigten den Schutz ganz, wenn die Zahlungsunfähigkeit erst nach dem Ablaufe dieses Zeitraumes eintritt, nöthigt also die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer, den Erben als Schuldner anzunehmen, wenn er nicht beim Erbschaftsantritte zahlungsunfähig ist oder demnächst zahlungsunfähig wird. Die nämlichen Nachtheile, wenn auch in geringerem Grade, sind auch mit der Bestimmung verbunden, welche den Erben verpflichtet[16]), besondere Umstände darzulegen, welche eine Gefährdung besorgen lassen, denn hierin liegt eine Erschwerung der Ausübung des Rechts, welche zur Vereitelung desselben führen kann. Regelmäßig zeigt schon der Umstand, daß die Absonderung überhaupt verlangt wird, von einer mehr oder weniger begründeten Befürchtung des Antragstellers, durch Erbschaftsantritt Nachtheil zu erleiden. Einen übertrieben ängstlichen Berechtigten mag der Erbe durch Sicherheitsleistung zufrieden stellen; zur chikanösen Ausübung eignet sich das Recht auf Absonderung deshalb wenig, weil sie die Verfügungen des Erben nicht überhaupt ausschließt, sondern nur gegenüber dem Berechtigten wirkungslos macht und durch Befriedigung desselben beseitigt werden kann.

Im Falle der Insuffizienz ist zu unterscheiden, ob der Erbe unbe-

---

15) Das Gemeine Recht (vgl. Windscheid Pandektenrecht Bd. IX §. 607 Nr. 3), das Oesterreichische (Allg. Bürg. Gesetzbuch §. 812), das Französische (Code civil art. 878) lassen die Absonderung ohne Rücksicht auf die Vermögenslage des Erben zu.

16) Wie dies im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch §. 2333 vorgeschrieben ist.

dingt angetreten hat oder nicht. Ersteren Falls hat durch den vorbehaltlosen Erbschaftsantritt der Nachlaß den Charakter einer Vermögenseinheit verloren, es sind einzelne Sachen, um die es sich fortan handelt, welche zwar unter Umständen in eine selbständige abgesonderte Verwaltung genommen werden können, über welche aber ein selbständiger Konkurs (weil ein „Gemeinschuldner fehlt) nicht eröffnet werden kann[17]). Wenn dagegen die Erbschaft nur cum beneficio angetreten worden ist, dann bleibt das Vermögen ein selbständiges Ganzes, der Benefizialerbe ist in dieser Eigenschaft, also getrennt von seiner sonstigen rechtlichen Persönlichkeit, Inhaber derselben, und wenn eine Insuffizienz dieses Vermögens vorliegt, ist er als Benifizialerbe[18]) der Gemeinschuldner. In solchem Falle kann daher allerdings ein Konkurs eröffnet werden; er ist aber kein Partikularkonkurs im früheren Sinne, sondern ein Universalkonkurs über dieses bestimmte Vermögen[19]).

d. (Nachlaßgläubiger).

Unter „Nachlaßgläubiger" sind natürlich nur die Gläubiger des Verstorbenen zu verstehen. Gläubiger des Erben zählen nicht hieher. Diese (die Gläubiger des Erben) haben kein Recht[20]) zu verlangen, daß sie mit Ausschluß der Nachlaßgläubiger[21]) aus dem früheren Vermögen des Erben, wie es vor Antritt der Erbschaft bestanden, befriedigt werden[22]). Ist der Anfall oder Erwerb der Erbschaft zwar vorher erfolgt, aber die Rechtswohlthat kann nachträglich erlangt werden, so hat der Konkursverwalter diese zu erwirken[23]). Kann er dies nicht mehr, ist die Rechtswohlthat durch den

---

17) Vgl. oben zu lit. a.

18) Oder — was eine erbrechtliche Frage bleibt — die hereditas als juristische Person.

19) Die vorstehenden Deduktionen sind entnommen den Motiven.

20) Soferne der Erbe sine beneficio angetreten; außerdem natürlich fehlt den Nachlaßgläubigern der Anspruch an dem Vermögen des Erben.

21) Die Vermächtnißnehmer gehen nach und sind bei Vermögensinsuffizirung ohnehin durch §. 56 Ziff. 4 der KO. ausgeschlossen.

22) Wie dies im Pr. LR. Th. I Tit. 16 §§. 507 ff. und in der Pr. KO. §. 260 zugelassen ist.

23) Die Motive sagen: „die Konkursgläubiger sind in diesem Fall geschützt durch eine Befugniß des Verwalters zur Erlangung der Rechtswohlthat oder, wo eine solche förmliche Befugniß nicht anerkannt werden sollte, durch die selbstverständliche Befugniß des Verwalters geschützt, den Zugriff der Nachlaßgläubiger auf das ihnen nicht verhaftete eigene Vermögen des Erben, d. h. auf die Konkursmasse abzuwehren". Letzteres scheint mir höchst zweifelhaft; denn wenn die Rechtswohlthat nicht mehr zu erlangen ist, ist ihnen ja eben damit

Erben definitiv verwirkt, so können sich die Gläubiger nur durch das Anfechtungsrecht, soweit solches Platz greift, helfen[24]).

e. (Vermächtnißnehmer).

Nicht alle Vermächtnißnehmer sind auf das Absonderungsrecht angewiesen. Wenn eine Sache vermacht ist und nach dem maßgebenden Civilrechte das Eigenthum ohne besondere Tradition sofort mit dem Erbschaftsantritte an den Legatar übergeht[25]), so kann meines Erachtens der Vermächtnißnehmer die Aussonderung nach §. 35 wie jeder andere Eigenthümer verlangen. Daß unter die Vermächtnißnehmer auch diejenigen zu subsumiren sind, welche aus einer mortis causa donatio oder aus einer mortis causa capio aus dem Nachlasse eine Befriedigung zu beanspruchen haben, wird nicht zu bezweifeln sein.

f. (aus den bei der Eröffnung vorhandenen Nachlaßgegenständen).

Das nach §. 43 gewährte Absonderungsrecht soll kein Vorzugsrecht sein. Es findet nur statt, soweit bei der Eröffnung des Konkurses noch erkennbare Nachlaßgegenstände vorhanden sind[26]), keineswegs aber haben die Nachlaßgläubiger oder Vermächtnißnehmer einen den sonstigen Gläubigern vorgehenden Anspruch auf Befriedigung aus dem Werthe des Nachlasses. Würde partikularrechtlich ein solch weitgehendes Recht bestehen, so ist es aufgehoben. Gesetzt also, der Gutsbesitzer Adorf wird von seinem Neffen Flottwell beerbt, dieser tritt die Erbschaft an und findet in derselben auch das Rennpferd Zephyr, welches durch ein Codizill dem Baron Gaishof vermacht ist. Weil aber der Münchner Jokeyklub sein Frühjahrsrennen abhält, so benützt Herr Flottwell den Umstand, daß er im Besitze des Pferdes ist, und startet mit dem Zephyr, der beim Nehmen eines Hindernisses stürzt und erschossen werden muß. Die vielen in Folge dieses Unfalls zugleich verlorenen Wetten bewirken, daß noch in derselben Woche der Konkurs über Flottwell ausbricht, und Baron Gaishof will nun als Ver-

---

das eigene Vermögen des Erben verhaftet; woher also hätte der Verwalter eine Befugniß, dieselben auszuschließen?

24) Vgl. oben S. 367 ff. Die Haftung des Erben ist nicht Folge einer „Unterlassung" (daß er nicht die Rechtswohlthat verlangt hat), sondern einer positiven Handlung, nämlich des Erbschaftsantrittes.

25) Seuffert, Pandekten Bd. III S. 341; Puchta, Pandekten §. 539.

26) Schon gemeinrechtliches Prinzip: „posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non potest impetrari separatio." Bayerische Prioritätsordnung: „wenn die Erbschaft noch gar nicht angetreten oder noch unvertheilt ist, desgleichen, wenn — erbschaftliche Stücke bei dem Erben noch in Natur vorhanden sind."

mächtnißnehmer ein Absonderungsrecht auf den Werth seines Zephyr mit 10,000 Mark geltend machen. Das kann er nicht; denn von dem ihm vermachten Gegenstande ist Nichts mehr in der Masse, seine Ersatzforderung steht ihm gegen den Erben nur als persönliche Forderung zu und diese muß er als Gläubiger geltend machen. Wie nun aber, wenn der Nachlaßgegenstand zwar nicht mehr vorhanden, aber dessen Werth sich im Vermögen des Gemeinschuldners befindet? Auf diese Frage antworten die Motive[27]), es müsse hierüber das einschlägige Civilrecht entscheiden. Wo nach dem Partikularrechte bestimmt sei, daß Alles, was an Stelle einer Nachlaßsache getreten sei, die Natur derselben erhalte[28]) oder daß wenigstens eine Forderung auf die Gegenleistung für einen veräußerten Nachlaßgegenstand als zum Nachlaß gehörig gelte[29]), finde auch an den Surrogaten ein Absonderungsrecht statt. Ich glaube, daß der Wortlaut des Gesetzes diese Argumentation nicht zuläßt. Die Motive geben den Text mit folgenden Worten: „an den bei der Eröffnung des Konkurses in der Konkursmasse noch vorhandenen einzelnen Vermögensgegenständen, welche die Natur eines Nachlaßstückes behalten haben.“ So heißt es aber nicht im Gesetze, hier wird weder von „Vermögensgegenständen“ noch von der „Natur des Nachlaßstückes“ gesprochen, sondern es heißt nude crude: „vorhandene Nachlaßgegenstände,“ das sind: Gegenstände, die zum Nachlasse effektiv und wirklich gehört haben und noch da sind. Die 10,000 Mark, welche der Erbe für das früher vom Erblasser besessene Landhaus in Starnberg erlöst hat, hat der Erblasser nicht hinterlassen; sie sind kein vorhandener Nachlaßgegenstand, sondern im Gegentheile ein Surrogat für einen nicht mehr vorhandenen. Der Umstand, daß partikularrechtlich vielleicht in gewissen Beziehungen das Surrogat als zum Nachlaß gehörig behandelt wird, kann dem bestimmten Wortlaute des §. 43 gegenüber nicht in Betracht kommen. Ich bin also der Ansicht, daß der §. 43 nur auf solche Sachen und Rechte sich erstreckt, welche noch in Natur aus der Erbschaft vorhanden sind[30]).

---

27) Zum II. E. S. 221.

28) Als Beispiel wird §. 14 des Weimar'schen Gesetzes vom 7. Mai 1839 angeführt.

29) Z. B. nach §. 2341 des Sächs. bürg. Ges.-Buches und nach Französischer Praxis in Betreff des Kaufpreises für Immobilien.

30) Ist schon an sich eine Ungleichheit im Konkurse möglichst zu vermeiden und würde es offenbar gegen den Zweck der einheitlichen Gesetzgebung streiten, wenn z. B. dieselbe Forderung in Weimar berücksichtigt, in dem wenige Stunden entfernten Erfurt aber abgewiesen würde, so wäre es vollends Angesichts des §. 38 der KO. ganz und gar unthunlich, einen bloßen Gläubiger besser zu stellen, als den Eigenthümer. Denken wir, der in Weimar wohnende A

g. (verlangen).

Durch die Geltendmachung des Absonderungsrechtes verliert der Berechtigte nicht die Befugniß, sich an das eigenthümliche Vermögen des Erben zu halten[31]). Im Falle des Konkurses über dieses kann er nach §. 57 der KO. den Ausfall zur Konkursmasse geltend machen.

Ebenso versteht sich, daß was etwa nach Befriedigung der Absonderungsberechtigten von dem Nachlasse übrig bleibt, zur Masse zu ziehen ist.

h. (soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Landesgesetzen zusteht).

I. Die Konkursordnung will — wie die Motive sagen — ein Absonderungsrecht nicht schaffen und auch nicht exklusiv dasselbe abgrenzen. Die Anerkennung des Absonderungsanspruches hat zur Voraussetzung, daß ein solcher den Nachlaßgläubigern oder Vermächtnißnehmern nach den Landesgesetzen zusteht, und zwar ein förmliches Separationsrecht; wo das Partikularrecht nur ein Vorzugsrecht gewährt, tritt §. 43 nicht ein. Er kann ferner nicht angewendet werden, wenn zwar die Landesgesetze den Anspruch im Allgemeinen zulassen, aber für die Geltendmachung desselben eine bestimmte Frist vorschreiben[32]), und diese von Seite der Berechtigten versäumt wurde. Endlich steht derselbe denjenigen Gläubigern oder Legatoren nicht zu Seite,

---

hat von B ein Pferd entlehnt und von seinem Onkel C ein solches geerbt; er verkauft beide gegen Baarzahlung, jedes um 2000 Mark; nun bricht der Konkurs aus; der Eigenthümer B könnte, weil der Kaufpreis schon vor der Konkurseröffnung eingezogen ist, nach §. 38 seinen Anspruch nur als Konkursgläubiger geltend machen, der D aber, welchem C 2000 Mk. vermacht hatte, könnte die für das ererbte Pferd erlösten 2000 Mark separiren. Das kann unmöglich die Absicht des Gesetzes sein. Die übrigen Autoren schließen sich sämmlich den Motiven an.

31) Soweit ihm nicht das beneficium inventarii entgegensteht.

32) (Aus den Motiven). Von einem Jahre: Pr. LR. Th. I Tit. 16 §. 503; Sächs. bürg. Ges.-Buch §. 2342; dann in Bremen, Nassau und Weimar. Die Bayer. Pr.-Ordn. v. 1822 §. 8 Nr. 4 sagt: „wenn die Erbschaft entweder noch gar nicht angetreten oder noch unvertheilt ist; desgleichen wenn sie (die Legatarien- und Erbschaftsgläubiger) nach angetretener Erbschaft innerhalb eines Jahres die Absonderung gerichtlich verlangt haben und erbschaftliche Stücke bei dem Erben noch in der Natur vorhanden sind.“

Von zwei Jahren: Lübeck und Hamburg.

Von drei Jahren: Code de Commerce art. 480. Württembergisches Pfandgesetz v. 15. April 1825 Art. 40.

Von fünf Jahren nach Gemeinem Rechte.

welche ihr Separationsrecht durch Novation, versäumte Verfolgung oder sonstwie verloren haben[33]).

II. In Bayern (diesseits des Rheines) waren die landesrechtlichen Bestimmungen über das Separationsrecht der Nachlaßgläubiger theils in der Gerichtsordnung von 1753 Kap. XX §. 17, theils in der Prioritätsordnung von 1822 §§. 7—10 enthalten. Diese sind nunmehr durch den Art. 87 des Ausführungsgesetzes vom 26. Februar 1879 ersetzt, welcher also lautet: „Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer können Absonderung der Nachlaßgegenstände von dem Vermögen des Erben zum Zwecke ihrer Befriedigung aus denselben verlangen, solange die Nachlaßgegenstände gesondert verwaltet werden. Die Absonderung kann auch außer diesem Falle innerhalb eines Jahres nach dem Erbschaftsantritte verlangt werden, soweit die Nachlaßgegenstände noch bei dem Erben in Natur vorhanden und nicht mit seinem Vermögen in eine solche Verbindung gebracht sind, daß eine Absonderung unthunlich erscheint, oder soweit die Gegenleistung für veräußerte Nachlaßgegenstände noch aussteht.

Das Recht, Absonderung zu verlangen, steht jedem einzelnen Berechtigten zu; es geht verloren, wenn dieser den Erben als Schuldner annimmt.

---

§. 44.

Absonderungsanspruch der Theilnehmer an einer Gemeinschaft.

Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigenthume[a]), in einer Gesellschaft[b]) oder in einer anderen Gemeinschaft[c]) befindet[d]), kann[e]) wegen der auf ein solches Verhältniß sich gründenden Forderungen[f]) abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Theilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Antheile[g]) des Gemeinschuldners verlangen[h]).

I. E. §. 50; II. E. §. 44; Pr. H. E. —; Pr. KO. §§. 36, 291; B. Pr. O. §. 5.

a. (in einem Miteigenthume).

Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen gemeinsamem Eigenthume an

---

33) Sehr erschöpfend wird das Partikularrecht dargestellt von Sarwey S. (332 ff.) 396 ff. Das Württembergische Recht insbesondere bei Stieglitz S. 302 ff., das Preußische bei v. Wilmowski S. 247 ff.

Mobilien und Immobilien, auch nicht, welche Art von Miteigenthum[1]), ob das Römisch-Rechtliche nach ideellen Theilen oder das Deutsch-Rechtliche in solidum vorhanden ist[2]). Dagegen ist ein gemeinschaftliches Eigenthum nach körperlichen Theilen nicht unter §. 44 zu subsumiren[3]).

Es frägt sich nun: wie steht es in Bezug auf unkörperliche Sachen, welche als solche nicht Gegenstand eines „Miteigenthums" sein können, welche aber dennoch „gemeinsam" sind? Gesetzt z. B., A schuldet dem B und C zusammen 1000 Mark; da er nicht zu bewegen ist, die hiefür versprochene Hypothek wirklich eintragen zu lassen, klagen B und C gegen ihn, und B bezahlt dem Advokaten, der den Eintrag durchsetzt, 50 Mark Kosten. Nun kommt C in Konkurs und B will die 25 Mark, welche an der Deservitenrechnung auf C treffen, absondern. Als „Miteigenthümer" kann er solches nicht, aber er wird meines Dafürhaltens dies können wegen des Umstandes, daß er jedenfalls mit C in einer „Gemeinschaft" war, und die Forderung aus diesem Verhältnisse entsprungen ist.

b. (in einer Gesellschaft).

Hierunter sind alle eigentlichen Societäten gemeint, aber nur Verhältnisse, welche rechtlich und thatsächlich als „Gemeinschaftsverhältnisse" erscheinen[4]). Weil nun der „stille Gesellschafter" nach der Definition des Art. 250 des A. D. HGB. sich an dem Handelsgewerbe des Anderen nur mit einer Einlage betheiligt und nach Art. 256 des A. D. GHB. aus den Geschäften der stillen Gesellschaft dem Dritten gegenüber überhaupt nicht berechtigt und

---

1) Ein Erk. des RG. vom 29. Mai 1883 (Entsch. Bd. IX S. 92) sagt: daß der §. 44 auch den Fall der ehelichen Gütergemeinschaft umfasse, läßt sich nach dem Wortlaute der KO. und den Motiven nicht bestreiten. Ein Absonderungsrecht wegen den sogenannten eheфräulichen Freiheiten aber besteht nicht.

2) Ich gebrauche die althergebrachten Ausdrücke, obwohl ich keineswegs der alten Lehre von der angeblichen Verschiedenheit des Römischen und Deutschen condominium huldige, vielmehr vollständig der Ansicht bin, daß es nur einerlei Miteigenthum gibt, indem immer der Werth der Sache verschiedenen Personen zu bestimmten Theilen zusteht, das Eigenthumsrecht selbst aber ungetheilt ist und von den mehreren Personen entweder für das Ganze zusammen ausgeübt werden muß oder von jedem einzelnen auf seinen Antheil für sich ausgeübt werden kann.

3) Vgl. Entsch. des Berliner Obertribunals vom 17. März 1864 (Striethorst Bd. 52 S. 340).

4) Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien gehören nicht hieher, weil die Aktionäre nicht in einem vermögensrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisse stehen, sondern sich nur mit Einlagen betheiligen, sonach der thatsächliche Fall des §. 44 nicht denkbar ist.

verpflichtet wird, so fällt ein solcher nicht unter den §. 44. Die Einlage des stillen Gesellschafters geht in das Eigenthum des Associé über (Art. 352 Abs. 1 des A. D. HGB); kommt dieser in Konkurs, so ist der stille Gesellschafter nur befugt, wegen seiner Einlage, soweit dieselbe den Betrag des auf ihn fallenden Antheiles am Verlust übersteigt, eine Forderung als Konkursgläubiger geltend zu machen[5]). (Art. 258 Abs. 1 des A. D. HGB.)

c. (in einer anderen Gemeinschaft).

Eine solche „andere" Gemeinschaft ist die sog. communio incidens, z. B. Erbgemeinschaft; auch gehört hieher die eheliche Gütergemeinschaft[6]) in ihren verschiedenen Formen, ebenso die Vereinigung zu einem oder mehreren Handelsgeschäften auf gemeinsame Rechnung. Zu erwähnen sind noch die Gemeinschaft der Mitrheder und der (in Schlesien üblichen) Antheilsschäfer[7]).

d. (sich befindet).

Nach dem Wortlaute des Gesetzes wäre als Voraussetzung des §. 44 anzusehen, daß im Moment der Konkurseröffnung die Gesellschaft, Gemeinschaft, das Miteigenthum noch besteht[8]). Ich glaube aber, daß dies nicht die wirkliche Absicht des Gesetzes war; denn wenn auch dies Verhältniß sich schon vor dem Ausbruche des Konkurses gelöst hatte, die Befriedigung der Theilhaber aber noch nicht stattgefunden hat und die Vermischung des Antheiles des Gemeinschuldners mit dessen sonstigem Vermögen noch nicht eingetreten ist[9]), muß ihnen das Recht des §. 44 gleichfalls eingeräumt werden[10]).

e. (kann).

Der §. 14 der KO.[11]) verfügt, daß die Auflösung der zwischen dem Gemeinschuldner und anderen Personen bestehenden Gemeinschaft und die Ausscheidung des dem Gemeinschuldner zufallenden Antheiles außerhalb des

---

5) Motive.

6) Insoweit nicht in Folge einer ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft die Eheleute als solche dem Konkurs unterliegen. Vgl. oben S. 474. ff.

7) Nach v. Sarwey S. (342) 411.

8) Denn sonst paßte der Ausdruck: „Gemeinschuldner" nicht.

9) War freilich diese schon eingetreten, dann sind die Forderungsberechtigten gleich allen übrigen Gläubigern auf das Konkursverfahren angewiesen.

10) A. A. Petersen S. 226 und Sarwey S. 412; v. Wilmowski S. 248 bemerkt: „es genügt, daß noch einzelne Vermögensstücke gemeinschaftlich sind, also eine Gemeinschaft, wenn auch nicht mehr im früheren Umfange, besteht. Soferne dies der Fall, ist es unerheblich, ob die Gemeinschaft (wie z. B. eine Handelsgesellschaft in Liquidation) schon vorher aufgelöst ist, wenn dadurch nicht die Gemeinschaft eo ipso beseitigt wird."

11) Vgl. oben S. 208 ff.

Konkursverfahrens zu erfolgen hat. An sich würde nun dieser letztere Antheil einfach zur Konkursmasse zu ziehen und diejenigen Personen, welchen irgend ein Anspruch gegen den früheren Theilhaber der Gemeinschaft zusteht, wie alle sonstigen Gläubiger verpflichtet sein, sich im Konkurse zu melden. Allein hievon macht die Praxis und Gesetzgebung eine doppelte Ausnahme sowohl für die Mittheilhaber wie für dritte Gläubiger. Was die letzteren betrifft, so wird in verschiedenen Rechten denjenigen, welche der Gemeinschaft als solcher Kredit gegeben haben, das Recht eingeräumt, einen Partikularkonkurs über das gemeinschaftliche Vermögen zu beantragen und ihre gesonderte Befriedigung aus demselben mit Ausschluß der persönlich von den Theilhabern kontrahirten Schulden zu betreiben. Dies setzt jedoch, um einen realen Boden zu haben, voraus, daß die Gemeinschaft eine gewisse Selbständigkeit besitze, daß sie gleichsam ein wirklich unterscheidbares Rechtssubjekt bilde. Die KO. findet die erwähnte Voraussetzung (abgesehen von der Genossenschaft und der Aktiengesellschaft) nur bei der offenen Handelsgesellschaft und behandelt den Fall des Konkurses über diese in den §§. 198 ff.

Anlangend die übrigen Theilhaber, so frägt es sich, ob an dem nach §. 14 der KO. ausgeschiedenen Antheile des Gemeinschuldners am bisherigen gemeinschaftlichen Vermögen diese Theilhaber ein bevorzugtes Anrecht wegen ihrer dem früheren Mittheilhaber gegenüber begründeten Ansprüche haben sollen oder ob sie wie alle übrigen Gläubiger in den Konkurs zu verweisen seien. „In der Praxis des Gemeinen Rechtes wird bald die erstere bald die zweite Alternative befolgt[12]). Die neuere Gesetzgebung begünstigt das Separationsrecht[13])." (Motive.)

Die KO. tritt nicht nur der letzteren bei, sondern geht noch einen Schritt weiter. „Der §. 44 spricht zwei Grundsätze aus: erstens, daß der Antheil eines in Konkurs gerathenen Sozius, bezw. Miteigenthümers an dem gemeinschaftlichen Vermögen nicht als Brutto- sondern als Netto-Antheil[14]), d. h. nach Abzug der auf dem gemeinschaftlichen Vermögen lastenden Schulden, zur Konkursmasse gezogen werden könne; zweitens, daß der Sozius, bezw. Miteigenthümer wegen aller auf das Sozietäts- bezw. Miteigenthumsverhältniß bezüglichen Forderungen — also nicht bloß wegen Regreßforderungen, welche aus gemeinschaftlicher Haftbarkeit entstanden sind — berechtigt sei, sich vor Anderen aus dem Antheile des in Konkurs gerathenen Sozius

12) Schweppe a. a. O. S. 272; v. Bayer a. a. O. S. 62; Fuchs, Konkursverfahren S. 4.

13) Pr. KO. §. 36. B. Pr.-O. §. 5.

14) Erk. des RG. vom 5. April 1883. (Entscheid. Bd. VIII S. 104.

oder Miteigenthümers zu befriedigen[15])." Diese letztere Ausdehnung geht über die bisherige Rechtsgestaltung hinaus[16]), allein sie beruht auf dem Gedanken, daß auch die zuletzt genannten Forderungen zunächst auf dem gemeinsamen Vermögen haften, und auf der praktischen Erwägung, daß die Gemeinschaftsgläubiger sich naturgemäß immer an die solventen (und solidarisch haftenden) Mittheilhaber halten werden und diese daher für ihre Regreßforderungen nicht nur, sondern überhaupt für alle ihre nur aus der Gemeinsamkeit veranlaßten Ansprüche gedeckt sein müssen.

f. (wegen der auf ein solches Verhältniß sich gründenden Forderungen).

Unter diesem Ausdrucke sind zu verstehen:

1) der gesammte Antheil der Passiven, welcher auf den Gemeinschuldner als Theilhaber an der Gemeinschaft entfällt. Dies ergibt sich schon aus dem Rechtsatze: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno. Wenn A, B und C ein Haus im Werthe von 100,000 Mark, auf welchem ein Annuitätenkapital von 46,000 Mark ruht, gemeinsam besitzen, und A geräth in Konkurs, so kann natürlich zur Masse immer nur das Drittheil des freien Werthes, nämlich 18,000 Mark, gezogen werden.

2) Ferner sind die Mittheilhaber berechtigt, den Werth soweit zurückzuhalten, als sie für die gemeinsam zu leistenden noch ausständigen Verpflichtungen mitverhaftet sind. Wenn das obige Haus neu heruntergeputzt und mit Oelfarbe angestrichen wurde, der Maler aber noch nicht bezahlt ist, so fällt von der (wollen wir sagen 1200 Mark betragenden) noch ausständigen Rechnung ein Drittheil auf den A, also gehört der Konkurmasse nur 17,600 Mark[17]).

3) Endlich aber — und dies ist die eigentliche Ausnahmsbestimmung — sollen die Theilhaber an der Gemeinschaft wegen ihrer eigenen persönlichen Ansprüche, die auf das Gemeinschaftsverhältniß sich gründen, aus dem Antheile des Gemeinschuldners[18]) vor den Konkursgläubigern, nämlich abgesondert befriedigt werden[19]). Wenn also z. B. der Maler den A wegen Bezahlung der Rechnung in Anspruch genommen hat und dieser, weil er

15) Aeußerung des Abg. Dr. Goldschmidt bei der Berathung K. Prt. S. 45.

16) Sie wurde deshalb von Goldschmidt bekämpft, aber vom Reg.-Vertreter Hagens vertheidigt und daraufhin auch angenommen. K. Prt. S. 46.)

17) Denn der Maler liquidirt natürlich seine 400 Mark nicht im Konkurse, sondern hält sich an die beiden Miteigenthümer, die ja solidarisch haften.

18) Für den Rest, der etwa aus dem Antheile des Gemeinschuldners nicht gedeckt wird, sind die Konkursgläubiger, nicht etwa Massa-Gläubiger.

19) Hieher gehören vor Allem der von einem der Theilhaber auf den gemeinschaftlichen Erwerb gemachte Aufwand, vgl. das in Note 3 citirte Erkenntniß.

kein Geld besaß, die vollen 1200 Mark von B entlehnte, so kann dieser die 400 auf ihn treffenden Mark vorweg aus dessen Antheil am Hause, ehe der Erlös in die Masse abgeliefert wird, herausverlangen. Und wenn A, welchem die Aufsicht über das Haus übertragen war, schuldhafter Weise das Anstreichen so lange verzögerte, daß die Façade selbst Schaden litt und mit einem Aufwande von 200 Mark reparirt werden mußte, so können B und C diesen durch Schuld des A verursachten Betrag gleichfalls von dessen Antheil absondern[20]).

Dagegen aber muß festgehalten werden, daß die fragliche Forderung sich wirklich auf das Gemeinschafts-Verhältniß gründen muß und nicht etwa blos wegen dieses Verhältnisses entstanden ist. Wenn ein Gesellschafter, welcher sieht, daß sein Mitgesellschafter in die Gefahr des Konkurses geräth, ihm ein Darlehen gibt, um ihm aufzuhelfen und dadurch die im Konkursfalle eintretende Liquidation des gemeinsamen Geschäftes zu verhüten[21]), so ist dies Darlehen keineswegs zu Sozietätszwecken, sondern nur aus Anlaß der Societät gegeben; die Forderung auf Rückgabe gründet sich nicht auf das Gemeinschafts-Verhältniß, und es tritt der allgemeine Rechtsgrundsatz in Mitte, daß „die Beweggründe, die dem Entschluß zu einer Rechtshandlung vorhergegangen, für die rechtliche Betrachtung gleichgültig sind" [22]).

g. (ermittelten Antheile).

Da diese Ermittelung selbstverständlich außerhalb des Konkurses statt findet, so ist deren Vornahme nach dem betreffenden bürgerlichen Rechte zu bethätigen. Sie kann unter Zuziehung des Konkursverwalters auch außergerichtlich erfolgen, und es fällt die hiebei vom Verwalter geübte Thätigkeit jedenfalls unter §. 121 Ziff. 2 der KO., so daß die Zustimmung des Gläubigerausschusses, falls ein solcher bestellt ist, eingeholt werden muß.

h. (verlangen).

Auch dieses Absonderungsrecht wird nicht von Amtswegen berücksichtigt; es muß geltend gemacht werden. Das Gesetz schreibt zwar für diese Geltendmachung eine Frist nicht vor; da aber das Recht an dem „bei der Theilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Antheile" gesucht werden soll, so scheint mir, daß die Geltendmachung zugleich mit der Theilung oder Auseinandersetzung erfolgen müsse und daß nachträglich, wenn der Antheil des Gemeinschuldners bereits eingezogen und also nicht mehr ein „ermittelter Antheil", sondern nur ein Theil der Konkursmasse ist, das

---

20) Diese Fälle sind in den Kommissionsberathungen (K. Prt. S. 45 u. 46) erwähnt.

21) Das Beispiel gab der Abg. Dr. Websky a. a. O.

22) Puchta, Pandekten §. 55.

Absonderungsrecht nicht mehr prätendirt werden könne. Denn ein der Zeit nach völlig unbeschränktes Absonderungsrecht müßte ja eine geordnete Vertheilung der Masse zur Unmöglichkeit machen. Vgl. übrigens lit. d.

---

§. 45.

Absonderungsanspruch der Lehen-, Stammguts- und Fideikommißgläubiger.

Die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommiß-Gläubiger erfolgt abgesondert aus dem Lehen, Stammgute oder Familienfideikommisse nach den Vorschriften der Landesgesetze.

I. E. §. 51; II. E. §. 45; Pr. H. E. —; Pr. KO. §. 36 Abs. 2; B. Pr. O. §. 3 Nr. 1.

Zweierlei bestimmt der vorstehende Paragraph: vor Allem, daß diejenigen Gläubiger, welchen Anspruch auf Befriedigung aus Lehen, Stammgütern oder Familienfideikommissen zusteht, in dem allgemeinen Konkurse nicht sich zu betheiligen brauchen, und dann, daß für die Art ihrer Befriedigung die Vorschriften der Konkursordnung keine Geltung haben. Durch den §. 5 Ziff. 1 des Einf.-Ges. zur KO. sind die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Lehen, Stammgüter oder Familienfideikommisse betreffen, als durch die Vorschriften der KO. unberührt erklärt. Demnach entscheiden lediglich die Gesetze der belegenen Sache über die Frage, was von diesen Gütern für die persönlichen Schulden des Besitzers angegriffen werden kann und für welche besondere Art von Schulden etwa die fraglichen Güter allgemein haften. In Betreff des ersteren Punktes ist zu bemerken, daß in der Regel[1]) nur die Revenuen und zwar nach Abzug einer bestimmten Quote[2]) zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger verwendet werden können. Dagegen ist fast allgemein hergebracht, daß gewisse Forderungen am Gute selbst und zwar in dessen Eigenschaft als Lehen, Stammgut oder

---

1) Mir ist wenigstens kein Gesetz in Deutschland bekannt, wonach die Substanz solcher Güter für persönliche Schulden haftet; auch nicht in der Form, daß etwa diese Substanz zwar primär den Lehen-, Stammguts- oder Fideikommißgläubigern hafte, aber wenigstens das Uebrigbleibende an die Allodialgläubiger fiele. Auch für Stammgüter (soweit dieses Institut noch juristisch, nicht blos dem Namen nach besteht) statuire ich keine Ausnahme, vgl. die Erläut. zu §. 5 des Einf.-Ges.

2) Diese Quote wird dem Gemeinschuldner als Lehenträger, Stammgutsinhaber oder Fideikommißbesitzer zu seiner Lebsucht gewährt. Ueber diese Kompetenz vgl. gleichfalls die Erl. zu §. 5 des Einf.-Ges.

Fideikommiß haften[3]) und daß Inhaber solcher Forderungen sich an die Substanz der Güter selbst halten dürfen, hinsichtlich der Revenuen aber den gewöhnlichen persönlichen Gläubigern vorgehen. Der §. 45 verfügt nun, daß, wenn auch die Landesgesetze eine solche Haftung zulassen, demohngeachtet die betreffenden Gläubiger sich nicht im Konkurse zu betheiligen brauchen[4]), daß ihre Befriedigung im abgesonderten Verfahren stattfindet. Desgleichen bestimmt der §. 45, daß auch soweit landesgesetzlich das Lehen, Stammgut oder Fideikommiß (sei es nach seiner Substanz oder nur in seinen Revenuen) zur gewöhnlichen Konkursmasse gezogen werden kann, dies doch nicht früher geschehen darf, als bis die speziellen Lehens-, Stammguts- oder Fideikommißgläubiger befriedigt sind.

Endlich verfügt aber §. 45, wie Eingangs erwähnt, daß in diesem abgesonderten Verfahren nur die Landesgesetze entscheiden. Angenommen z. B., die Gläubiger A, B und C, jeder mit 10,000 Mark, hätten nach dem betreffenden örtlichen Rechte die Befugniß, sich an die Substanz des ihrem Schuldner zustehenden Beutellehens von 5000 Thaler zu halten, so entsteht wegen der vorliegenden Ueberschuldung ein Konkurs. Aber dieser Konkurs wird nicht nach der Reichs-Konkursordnung behandelt; für seine Abwicklung, für die Rangordnung, in welcher die einzelnen Gläubiger befriedigt werden, was ihnen an privilegirten Posten etwa vorgeht u. s. w. sind lediglich die Landesgesetze maßgebend. Würden nun freilich solche speziell für den Konkurs über Lehen, Stammgüter oder Fideikommisse gegebene landesgesetzliche Normen nicht bestehen, sondern lediglich das allgemeine Konkursrecht Geltung haben, dann könnte meines Erachtens nicht die frühere partikularrechtliche Konkursordnung, sondern es müßte die Reichskonkursordnung Anwendung finden[5]).

---

3) Diese Haftung tritt in der Regel nicht von selbst wegen der Qualität der Forderung ein, sondern setzt einen formalen Akt bei der Entstehung der Schuld voraus. Gewöhnlich ist der Eintrag in die Lehens- oder Fideikommiß-Matrikel Voraussetzung.

4) Es wäre denn, daß sie glauben, aus den für sie abzusondernden Vermögenstheilen keine volle Befriedigung zu finden, und sich daher für ihren Ausfall als persönliche Gläubiger melden wollen. Würden irgendwo die Landesgesetze vorschreiben, daß dies unzulässig sei, so wäre das Verbot durch §. 57 der KO. beseitigt.

5) Da mit Ausnahme weniger Fälle es sich stets um Immobilien handeln wird, ist die Frage im Hinblicke auf §. 39 der KO. nicht sehr praktisch.

Sechster Titel.*)

Aufrechnung.

Anspruch einer Person gegen die andere und Verbindlichkeit derselben Person gegen die andere sind neben einander denkbar. Daß der Berechtigte zugleich der Verpflichtete seines Verpflichteten, daß der Verpflichtete zugleich der Berechtigte gegenüber seinem Berechtigten ist, erscheint nicht unmöglich und nicht ungehörig. Ich kann beim A zur Miethe wohnen und zugleich kann A bei mir den Kommentar zur Reichskonkursordnung auf eine Woche zum Studium entlehnt haben; ich muß zur Zielzeit meinen Miethzins bezahlen und A muß mir nach Ablauf der Woche mein Buch zurückgeben, Eines hat auf das Andere keinen Einfluß.

Anders, wenn es sich um „Schulden" [1]) handelt. Zwar auch hier ist das obige Verhältniß wechselseitiger Beziehung an sich nicht ausgeschlossen; ein Gläubiger kann zugleich Schuldner seines Schuldners, ein Schuldner kann sehr wohl zugleich Gläubiger seines Gläubigers sein. Allein die Natur der Sache macht, daß beide Verhältnisse auf einander Einfluß nehmen müssen. Wenn ich von A 100 als Kaufpreis zu fordern habe und zugleich habe ich als Miethzins an A 100 zu zahlen, so wäre es doch unnatürlich, wenn ich an A effektiv 100 zahlen und A mir ebenfalls effektiv 100 zahlen würde; vielmehr rechnen wir unsere Schuldigkeiten gegen einander auf und sind quitt.

Sofort ergibt sich, daß diese glatte Abwicklung bedenklich wird, wenn einmal der Konkurs eröffnet ist [2]). Denn mit dem Eintritte der Zahlungsunfähigkeit ist das Interesse der übrigen Gläubiger in Betracht zu nehmen; der Schuldner des Gemeinschuldners hat an die Masse zu zahlen, als Gläubiger des Gemeinschuldners aber hat er nur mehr einen Antheil am Konkursanspruch und es mag bezweifelt werden, ob hier noch eine Aufrechnung und

---

*) I. Auflage S. 487.

1) Vgl. oben S. 215 ff.

2) Obwohl, wie die Motive bemerken, die Kompensation gerade dem Konkurse in der Form der deductio vornehmlich ihre Einführung in das Rechtssystem verdankt.

jedenfalls noch eine Aufrechnung zum vollen Betrage[3]) zulässig erscheint. Gesetzgebung und Praxis haben denn auch, zeitenweise diesem Gedankengange folgend, die Kompensation im Konkurse immer mehr eingeschränkt und mit offenbarer Ungunst behandelt. Man mußte es um so mehr, wenn man[4]) die Tilgung der Verbindlichkeit durch Aufrechnung sich als ein Rechtsgeschäft oder wenigstens als einen Willensakt der Parteien[5]) dachte, weil natürlich, sobald der Konkurs eröffnet ist, solch ein Rechtsgeschäft gültig nicht mehr abgeschlossen werden könnte.

Aber die Kompensation ist eben als solche kein Rechtsgeschäft[6]), „aller und jeder Kompensation liegt vielmehr das allgemeine Wesen des Retentionsrechtes zu Grunde, welches darin besteht, daß der um irgend eines Rechtes willen Angesprochene mit dem, was er geben oder thun soll, zurückhalten darf, bis er um eines Gegenanspruches willen befriedigt ist, und diese Befugniß zum bloßen (zeitweiligen) Zurückhalten verstärkt sich im Kompensationsrechte zur Befugniß (immerwährenden) Zurückbehaltens"[7]). „Vom Standpunkte des Kreditgebers aus — sagen trefflich die Motive — ist die Kompensation Deckung und Sicherungsmittel, wie Retention und Pfandrecht; ihnen gemeinsam ist der Gedanke; es würde unbillig sein, zu verlangen, daß ein Gläubiger seine Deckung zur Konkursmasse herausgeben und seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen sollte. Dem Recht

3) Denn derjenige, welcher dem Anderen 100 schuldet, schuldet sie ihm immer noch, ja eigentlich erst recht vollständig, wenn der Andere in Geldnoth geräth, wenn er „überschuldet" wird. Wer aber 100 zu fordern hat von Einem, dessen Vermögen nur hinreicht, allen seinen Gläubigern 50% zu zahlen, der hat ja eigentlich (momentan wenigstens) nur 50 zu fordern, kann also — so möchte man schließen — auch nur 50 aufrechnen.

4) Es ist dies die auf die Spitze getriebene Entwicklung des Satzes, daß die compensatio stets ope exceptionis wirksam werde.

5) Vgl. Vangerow, Leitfaden VI. Aufl. Bd. III S. 384.

6) Sie kann sich natürlich in der Form eines Rechtsgeschäftes, einer „Abrechnung" äußerlich fixiren.

7) Diese klare und geistreiche Deduktion habe ich, weil in ihr jedes Wort von Bedeutung ist, wörtlich aus Brinz (Pandekten I. Auflage Bd. I S. 642) entnommen. Vgl. jetzt auch die zweite Auflage Bd. II (S. 419 ff.) insbesondere §. 287 Note 4: „Wo immer man mit einer Leistung zurückhalten darf, bis eine gewisse Gegenleistung erfolgt, wird man von Retentionsrecht reden dürfen — wobei übrigens nicht gesagt sein soll, daß die Kompensation Nichts sei als Retentionsrecht." Die Reichskonkursordnung verdankt ihre einfache und den ganzen bisherigen Wust von Kontroversen hoffentlich beseitigende Gestaltung meines Erachtens dem Umstande, daß das Gesetz, obwohl die Motive gegen dieselbe polemisiren, die Brinz'sche Theorie zu Grunde legt.

des Gläubigers, sich an eine Sache des Gemeinschuldners, welche er in seinem Besitze hat, abgesondert[8]) von den anderen Gläubigern zu halten und sich aus dieser zu befriedigen, entspricht die Befugniß des Gläubigers, das Geld, welches er dem Gläubiger anderweit schuldet, nicht zum Nutzen Aller zur Konkursmasse zu zahlen, sondern diese seine Schuld zur Tilgung seiner Forderung abgesondert von den übrigen Gläubigern zu verwenden. — Ueberall erscheint die Retention als die schwächste, die Kompensation als die stärkste Deckung; denn Retentionsrecht gibt nur Sicherung, Pfandrecht Befriedigung durch die Schuld eines Anderen, Kompensationsrecht Befriedigung durch eine eigene Schuld."

Von diesem Standpunkte aus behandelt der sechste Titel die Aufrechnung im Konkurse und stellt in §. 46 den Grundsatz an die Spitze: wer kompensiren kann, ist kein Konkursgläubiger. Das Gesetz geht sogar noch einen Schritt weiter und bestimmt, daß ein gültig erworbenes Kompensationsrecht, wenn auch die Kompensation noch nicht ausgeübt werden kann, im Konkurse doch die Kraft eines Anspruches auf Deckung ausübt. Hierauf gründen sich die in §. 47 gegebenen Vorschriften über Kompensirung mit betagten und bedingten Forderungen.

Anderseits wird aber in gewisser Richtung das Recht zur Aufrechnung durch den Konkurs allerdings beschränkt. Wenn auch in der Konkurseröffnung eine nothwendige Cession der Aktivforderungen des Gemeinschuldners nicht zu finden ist[9]), und wenn gleich es unnöthig ist, auf sie die Regeln von Zwangsbeschlagnahme und Pfändung anzuwenden, so wirkt doch der in §. 2 der KO. ausgesprochene Grundsatz soweit, daß jede Passivforderung Konkursforderung wird, jede Aktivforderung aber Bestandtheil der Masse. Die Konkursmasse ist nun aber in den sämmtlichen Bestandtheilen eine für alle Konkursgläubiger abgesonderte Masse; das Absonderungsrecht Aller tritt dem Erwerb von Absonderungsrechten Einzelner entgegen. Daraus folgt: Niemand kann ein Recht zur Aufrechnung erwerben, nachdem schon das Absonderungsrecht Aller durch die Eröffnung des Konkurses begründet worden; ist durch diese eine Passivforderung Konkursforderung geworden, so bleibt sie es[10]). Diesen Grundsatz entwickelt §. 48 in seinen verschiedenen Richtungen und §. 49 sichert dessen Anwendung gegen Umgehung durch Vorschieben einer Mittelsperson.

Es mag bemerkt werden, daß die Konkursordnung nur von der Aufrechnung des Konkursgläubigers, nicht von jener gegen den Konkurs-

8) Ohne daß jedoch ein „Absonderungsrecht" im technischen Sinne dadurch geschaffen würde. Fitting §. 21 Note 7.

9) Vgl. oben S. 32 ff.

10) Motive.

gläubiger handelt. In dieser Hinsicht bleibt es bei den Bestimmungen des Civilrechtes [11]) und des gewöhnlichen Prozeßverfahrens [12]). Desgleichen behandelt der Sechste Titel nur die Aufrechnung im Konkurse. „Die Erweiterungen und die Beschränkungen, welche das Gesetz enthält, sind aus der allgemeinen Natur des Konkurses entnommen. Darum sollen sie auch nur für diesen und während desselben gelten. Wird das Konkursverfahren aufgehoben, so tritt wieder das Civilrecht in Kraft. Der Gläubiger kann sich nicht auf die ihm für den Konkurs gewährte Begünstigung (§. 47) [13]), der frühere Gemeinschuldner sich nicht auf die Beschränkungen berufen, welche das Konkursrecht dem Gläubiger auferlegte (§§. 48 und 49). Die Einwirkung freilich, welche ein etwaiger Zwangsvergleich auf eine nach den letzteren Vorschriften der Kompensation entzogene Forderung inzwischen geübt hat (§. 178), wird dadurch nicht berührt; sie fließt aus dem Wesen des Akkordes und steht in völligem Einklange mit dem hier aufgestellten Grundsatze [14])". (Motive.) Es versteht sich von selbst, daß dieser letztere Satz sich weder auf Forderungen bezieht, welche erst nach dem Zwangsvergleiche entstehen (denn diese sind keine „Konkursforderungen", werden vom Akkorde nicht betroffen und können daher voll zur Kompensation gebracht werden), noch auch auf das bereits ausgeübte Kompensationsrecht Anwendung findet (denn damit sind die beiderseitigen Forderungen erloschen und der nachher erfolgende Zwangsvergleich kann hievon sowenig mehr etwas ändern, als an einer bereits geleisteten Zahlung).

---

11) So wird z. B. der Ehefrau, welche an die Masse Ansprüche erhebt, der Verwalter nicht deshalb eine Forderung aufrechnen dürfen, weil nach §. 1 Abs. 2 der KO. in Folge des usus fructus materialis die Masse aus ihrem Vermögen Nutzungen bezieht.

12) Wer kann die Einrede der Kompensation entgegensetzen? Ich glaube, es ist nicht ausgeschlossen, daß im Prüfungstermine ein Gläubiger die angemeldete Forderung deshalb bestreitet, weil sie durch eine ihr entgegenstehende Forderung des Gemeinschuldners getilgt sei. Anderer Ansicht sind Hullmann S. 184, Wengler S. 339, v. Wilmowski S. 407, weil die Ausübung des Kompensationsrechtes die Verfügung über eine Aktivforderung enthalte, welche nach §. 5 nur dem Verwalter zustehe.

13) Erk. des Berliner Obertribunals v. 12. Sept. u. 17. Okt. 1861 (Striethorst Bd. 43 S. 147). Vgl. jedoch die Bemerkungen unten zu §. 47 lit. b.

14) v. Sarwey S. 425; Stieglitz S. 335; v. Wilmowski S. 252, welcher mit Recht bemerkt, daß selbst ein bei der Konkursaufhebung noch nicht beendigter Prozeß darüber nur die Führung des Beweises aufschieben und nöthig machen könne.

§. 46.

Geltendmachung des Kompensationsrechtes ohne Anmeldung.

Soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist[a]), braucht er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen[b]).

I. E. §. 52; II. E. §. 46; Pr. H. E. Art. 750; Pr. KO. §. 95; B. Pr.=O. Art. 1259 Abs. 2.

a. (Soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist).

I. Die KO. stellt sich im Allgemeinen auf den Standpunkt, daß, wer überhaupt befugt ist, zu kompensiren, dies auch im Konkursverfahren thun könne. Die Zahlungsunfähigkeit desjenigen, gegen welchen aufgerechnet werden will, soll an sich[1]) Nichts am Kompensationsrechte ändern. Wieweit also ein Gläubiger zur Aufrechnung befugt ist, muß nach dem örtlichen Landes-Rechte entschieden werden.

II. Hier ergibt sich denn sofort die schwierige Frage: nach welchem? nach dem Rechte des Ortes, an welchem der Gläubiger, oder nach demjenigen des Ortes, an welchem der Schuldner wohnt, oder nach jenem, an welchem der Konkurs verhandelt wird, oder endlich nach dem Rechte des Erfüllungsortes der Schuld? Es ist eine ganze Literatur über diese Kontroverse vorhanden[2]); zum Glücke ist sie für das Inland nicht von praktischer Bedeutung, weil die Gesetzgebung der verschiedenen deutschen Länder in dieser Materie so ziemlich identisch ist. Kritischer wird die Frage, wenn das Ausland mitbetheiligt wird; allein in dieser Hinsicht wird durch die Vorschrift des §. 49 Vorsorge getroffen und dadurch ein näheres Eingehen auf die Kontroverse überflüssig gemacht.

III. Nachdem, wie oben erwähnt, das Gesetz am materiellen Kompensationsrechte Nichts ändern will, bleiben etwaige civilrechtliche Bestimmungen, wonach gegen gewisse Forderungen[3]) eine Aufrechnung überhaupt nicht zu=

---

1) Vorbehaltlich der §§. 47 und 48 der KO., worüber unten gesprochen werden wird.

2) Die Motive citiren auf S. 238 zum II. E. eine Anzahl von Erkenntnissen und von Schriftstellern hierüber. Vgl. auch unten §. 49 Note 1.

3) Sorgfältig und ausführlich sind alle diese Fragen erörtert bei v. Sarwey S. 427 ff.

lässig ist, durch §. 46 unberührt[4]). Solche Forderungen sind bekanntlich nach Gemeinem Rechte[5]): Forderungen aus einem Depositum und gewisse fiskalische Forderungen; nach Preußischem Rechte besonders auch Alimentenforderungen und ferner der Anspruch auf Rückgabe einer Pachtkaution[6]). (Pr. LR. Th. I Tit. 16 §. 363—370[7]).

Eine ähnliche singuläre Bestimmung ist die Unzulässigkeit der Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft (Genossenschaft) und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners u. s. w., worüber Art. 120 und 121 des A. D. HGB. und §. 15 des Reichsgesetzes v. 4. Juli 1868 (RGBl. S. 420) zu vergleichen ist[8]).

Es frägt sich nun: wie steht es mit der Zulässigkeit der Kompensation solcher Forderungen, welche im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können, also der in §. 56 der KO. erwähnten Kategorien? Kann der Kaufmann A, welcher aus einem dem Fabrikanten B gegebenen Accepte 1000 Mark

---

4) Natürlich ebenso die Bestimmungen, daß der Vormund gegen seine eigenen Gläubiger nicht die Forderungen seines Mündels aufrechnen kann u. s. w. Ob der Bürge des Gemeinschuldners mit Forderungen des Gemeinschuldners an ihn kompensiren könne, vgl. zu §. 47. Ist der Schuldner des Gemeinschuldners zugleich Bürge eines Dritten, welcher eine Konkursforderung hat, so wird er, wie ich glaube, seine Schuld gegen diese Forderung aufrechnen dürfen, wenigstens nach Gemeinem Rechte, fr. 4 D. de comp. (16, 2).

5) Seuffert, Pandekten §. 289. Windscheid §. 350 Nr. 7.

6) Vgl. das Erk. des Berliner Obertribunals vom 18. September 1868 (Entsch. Bd. 61 S. 409).

7) Wenn der Verpächter, dem eine Kaution bestellt wurde, in Konkurs geräth, so hat der Pächter seinen Anspruch auf Rückgabe derselben im Konkurse zu liquidiren. Vgl. zu §. 52 lit. d. Er kann daher Schuldigkeiten, welche vor der Konkurseröffnung entstanden sind, gegen seine Forderung aufrechnen, nicht aber solche, welche erst nachher begründet wurden, insbesondere nicht, was er der Masse schuldet. Daher kann er, wenn der Verwalter den Pacht fortsetzt, jedenfalls nur die bis zur Konkurseröffnung fälligen Pachtschillinge und nur was er etwa für Verschlechterungen, die vor der Konkurseröffnung eingetreten sind, schuldet, mit seiner Kaution kompensiren. Die Preußische Rechtsprechung (vgl. z. B. das Erk. vom 18. September 1868 bei Striethorst Bd. 19 S. 232) hat dies für die gleiche Bestimmung der Pr. KO. immer angenommen.

8) Die Verpflichtung eines Aktionärs zur Einzahlung des Betrages, den er statutengemäß als Zeichner zu leisten hat, steht der dem Aktionär durch ein mit der Aktiengesellschaft geschlossenes Geschäft etwa erwachsenen Forderung nicht als gleichartig gegenüber; es kann also im Konkurs der Aktionär gegen seine Verbindlichkeit zum Einschießen des Restbetrages seine Forderung nicht aufrechnen. Erk. des RG. v. 1. Februar 1822 (Entsch. Bd. VI S. 69 ff.).

schuldet, wenn der Verwalter der B'schen Konkursmasse die Einzahlung fordert, entgegensetzen, B schuldet mir noch 500 Mark, welche er als Firmpathe meinem Sohne geschenkt hat und welche ich nach dem Tode meines Sohnes geerbt habe? Geht man auf die Absicht des Gesetzes zurück, welche keine andere gewesen sein kann[9]), als daß Gläubiger der in §. 56 bezeichneten Art so lange Nichts erhalten sollen, als anderweitige Forderungen noch ungedeckt sind, so möchte man die Aufrechnung ausschließen. Denn das was §. 56 vermieden wissen will, daß die Masse um den Betrag z. B. einer Liberalität zum Nachtheil anderer Gläubiger geschmälert werde, tritt, falls man die Aufrechnung zuläßt, auf einem Umwege dann doch ein. Wenn man aber den Wortlaut des Gesetzes ansieht und in Erwägung nimmt, daß der §. 56 nur die Geltendmachung einer solchen Forderung im Konkursverfahren ausschließt, der §. 46 aber gerade ausspricht, daß die Aufrechnung im Konkursverfahren nicht geltend gemacht zu werden braucht, so muß man auch Forderungen der in §. 56 bezeichneten Art kompensiren lassen. Denn der Schuldner des Kridars opponirt seine Einrede nicht im Konkursverfahren, sondern im Prozesse des Verwalters gegen ihn, und es müßte also eine gesetzliche Bestimmung vorliegen, die eine solche Einrede als unzulässig erklärte. Eine solche enthält aber weder §. 56 noch sonst eine Stelle in der Konkursordnung[10]).

IV. Zu den durch die KO. nicht berührten Fragen gehört auch diejenige, gegen welche unter mehreren demselben Gläubiger und Schuldner gegen denselben Schuldner und Gläubiger zustehenden Forderungen die Aufrechnung stattfindet. Während nun von Einigen[11]) auch hierüber das bürgerliche Recht für maßgebend erachtet wird, stimme ich denjenigen bei, welche annehmen, daß bei Konkursmäßigkeit des Schuldners immer dem Gläubiger die Wahl zukommt, in welcher Weise er sich aus seinem in Händen habenden Deckungsmittel befriedigen will, und daher immer er es ist, welcher darüber zu entscheiden hat, welche seiner verschiedenen Konkursforderungen er als durch Kompensation getilgt ansieht.

---

9) Vgl. oben S. 102.

10) „Die Befugniß zur Aufrechnung mit den in §. 56 der KO. genannten Forderungen bemißt sich ausschließlich nach dem bürgerlichen Rechte" Fitting §. 21 Note 3. Vgl. v. Sarwey S. 431. Stieglitz S. 333. v. Wilmowski S. 255. Wegen der Zinsen vgl. noch unten lit. c IV §. 47.

11) So v. Wilmowski S. 255, welcher sich auf die Erk. des ROHG. vom 4. März 1873 u. 14. September 1874 (Bd. IX S. 109 u. Bd. XV S. 105) beruft.

12) v. Sarwey S. (361) 433; Stieglitz S. 336.

V. Daß der Schuldner des Gemeinschuldners auf sein Kompensationsrecht ebenso verzichten kann, wie auf sein Absonderungsrecht, ist selbstverständlich [13]). Wenn der Schuldner schon vor Ausbruch des Konkurses entweder zugesichert hatte, daß er gegen die von ihm kontrahirte Schuld keine Gegenforderung aufrechnen wolle, oder daß er eine von ihm erworbene Forderung nicht zur Aufrechnung benützen werde, so ist dieser Verzicht auch den Konkursgläubigern gegenüber bindend. Anders umgekehrt; wenn auch der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses Zusicherungen gemacht hätte, welche den §§. 48 und 49 widerstreiten, so würden doch der Verwalter und die Mitgläubiger hieran nicht gebunden sein. (Vgl. zu §. 48 lit. a.)

b. (braucht er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen).

I. Zwei Wege lassen sich denken, um ein Kompensationsrecht im Konkurse auszuüben; der Forderungsberechtigte könnte, weil er an und für sich Konkursgläubiger ist, angehalten werden, seinen Anspruch im Konkurse anzumelden, zugleich aber könnte demselben gestattet sein, jene Deckung zu bezeichnen, welche er in der von ihm an den Gemeinschuldner geschuldeten Leistung in Händen hat, worauf dann die Austragung der Frage, ob eine kompensable Gegenforderung vorliegt, innerhalb des Verfahrens im Prüfungstermine und im Verneinungsfalle durch Feststellungsklage zu erfolgen hätte [14]). Allein offenbar wäre dieser Weg ein Umweg; kürzer ist, daß der Gläubiger, soweit er sich gedeckt findet, überhaupt keinen Anspruch zu erheben nöthig hat, und dieses zweite System befolgt die Konkursordnung. Praktisch stellt sich demnach die Sache so, daß der Gläubiger, welcher kompensiren will, dies dem Verwalter anzeigt [15]). Thut er dies nicht, so riskirt er, daß der Verwalter ihn als Schuldner in Anspruch nimmt; in diesem Falle bleibt aber der Streit, wie es bei der Austragung eines Absonderungsanspruches geschieht, außerhalb des Konkursverfahrens. Der Verwalter allein hat den etwaigen Rechtsstreit zu führen. Wie nun, wenn in demselben die Gegen-

---

13) Vgl. auch die folgende lit. b Nr. II.

14) Hiefür spricht der Umstand, daß eine Kompensation ohne Thätigkeit der Parteien nicht stattfindet und besonders daß die übrigen Konkursgläubiger ein Recht zur Theilnahme an der Prüfung jeder Konkursforderung haben. Im Gemeinen Rechte ist bekanntlich deshalb ein Theil der Rechtslehrer für diese Art der Geltendmachung, vgl. Fuchs, Concursverfahren S. 60 Nr. 4.

15) Es ist also nicht erforderlich, daß der Kompensationsberechtigte seine Absicht zu kompensiren schon vor der Konkurseröffnung erklärt habe. Vgl. Erk. des ROHG. vom 20. Oktober 1875 (Entsch. Bd. 18 S. 240).

forderung des Schuldners des Gemeinschuldners als zur Kompensation nicht geeignet befunden wird? Geschieht dies, weil sie vom Richter als nicht bestehend oder als nicht bewiesen erachtet wird[16]), so kann dem angeblich Forderungsberechtigten ein Recht, im Konkurse nachträglich sich zu melden, auch nicht weiter zustehen. Wenn aber nicht der Bestand der Forderung, mit welcher kompensirt werden will, sondern nur die Zulässigkeit der Aufrechnung verneint wird, so muß dem mit der Kompensation Zurückgewiesenen allerdings die nachträgliche Anmeldung im Konkurse (soferne dafür noch Zeit ist) gestattet sein[17]).

II. Das Gesetz sagt nicht: „darf er seine Forderung nicht im Konkurse geltend machen", sondern nur „er braucht es nicht zu thun." Der Forderungsberechtigte, der zugleich Schuldner des Gemeinschuldners ist, kann deshalb, wenn er ganz sicher gehen will[18]), seine Forderung wie jeder andere Gläubiger im Konkurse anmelden. In einer solchen vorsorglichen Anmeldung liegt demnach kein Verzicht auf die Kompensation[19]). Dagegen muß in der vorbehaltlosen[20]) Annahme von Dividenden, von Abschlagszahlungen aus der Masse ein Verzicht auf die Kompensirung erblickt werden[21]).

---

16) Hieher gehört der Fall, wenn der exceptio compensationis die replica doli oder sonst eine rechtswirksame Einrede entgegensteht; insbesondere gehört hieher, wenn die zur Aufrechnung gebrauchte Forderung aus einem anfechtbaren Geschäfte herrührt.

17) Wie ist es, wenn der Richter, von den §§. 136, 273 u. 274 der Civ.-Pr.-O. Gebrauch machend, verordnet, daß die vom Verwalter geltend gemachte Forderung und die vom Beklagten behufs der Aufrechnung erhobene Gegenforderung in getrennten Prozessen zu verhandeln seien, oder wenn sogar zu Gunsten der ersteren Urtheil ergeht? Man könnte annehmen wollen, daß als dieser „getrennte Prozeß", weil die Gegenforderung an sich Konkursforderung sei, eben das „Konkursverfahren" erscheine, und also diese Trennung gleich sei der Verweisung ad concursum. Allein ich glaube nicht, daß diese Ansicht richtig wäre; denn die Vorschrift des §. 46 der KO. ist eine spezielle und geht der allgemeinen Regel der Civ.-Pr.-O. vor.

18) Wenn nämlich nachträglich sein Recht zu kompensiren verneint wird und die Anmeldefrist ist verstrichen oder gar die Schlußvertheilung beendet, so hat der Gläubiger das leere Nachsehen.

19) So die Motive S. 233, welche bemerken, daß ja auch der Kläger durch die Klage nicht das Recht verliert die eingeklagte Forderung selbst nach dem Judikat zur Kompensation zu verwenden und sich auf das Erk. des ROHG. vom 11. Juni 1873 (Entsch. Bd. X S. 167) stützen.

20) Ohne der kompensabeln Gegenforderung zu erwähnen.

21) Ebenso Hullmann S. 189; Petersen S. 233. Anderer Ansicht Fitting §. 21 Note 22; Fuchs S. 82; Meisner S. 102; v. Sarwey S. (363) 435; Stieglitz S. 337; v. Wilmowski S. 254.

III. Wie ist es, wenn die kompensable Gegenforderung kleiner ist, als die dem Schuldner des Gemeinschuldners seinerseits zustehende Forderung? Das Gesetz sagt: „soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist, braucht er u. s. w." Daraus folgt, daß als gewöhnliche, also der Anmeldepflicht unterliegende, damit aber auch an dem Konkursanspruche berechtigte Konkurs-Forderung nur der Rest, der durch Kompensation nicht gedeckte Ausfall erscheint. Sonach kann der Kompensationsberechtigte die Dividenden nicht aus dem vollen Betrage, sondern nur aus dem ungedeckt bleibenden Reste begehren und berechnen lassen[22]). Z. B. A schuldet dem B 100 Mark aus einem Darlehen, hat aber von B 1000 Mark für ein verkauftes Pferd zu fordern. B kommt in Konkurs. Hier muß A unter allen Umständen, damit der Verwalter und die Mitgläubiger klar sehen, das ganze Sachverhältniß darlegen. Sei es, daß er 900 Mark anmeldet und bemerkt, von der ursprünglichen Forderung sei ein Theil durch Kompensation getilgt[23]), oder daß er 1000 Mark anmeldet und bemerkt, 100 Mark rechne er gegen das von ihm geschuldete Darlehen auf. Wenn nun die Masse 10 % der Forderungen beträgt, so erhält A nicht 100 Mark, sondern nur 90 Mark aus derselben.

---

22) v. Sarwey (S. 435) bestreitet dieses aus dem Grunde, weil das Kompensationsrecht kein Absonderungsrecht sei und daher §. 141 nicht auf dasselbe anwendbar erscheine. Ebenso v. Wilmowski (S. 254), welcher bemerkt, es sei Sache des Verwalters, bei einer Anmeldung der vollen Summe den Mehrbetrag compensando zu bestreiten. — Allein es wird bei dieser Beantwortung der Frage (wie ich glaube) übersehen, daß jeder Konkursgläubiger nur den Anspruch auf verhältnißmäßige Befriedigung hat. Wenn aber derjenige, welcher nur mehr den Rest, das nicht durch Kompensation Gedeckte zu fordern hat, die Dividenden nach dem vollen Betrag erhält, so wird er unverhältnißmäßig befriedigt. Wer 1000 als Darlehen gab und vor dem Konkurs 500 zurückerhielt, kann gewiß die Dividende nur aus 500 beanspruchen. Sollte dies bei der durch Kompensation theilweise getilgten Forderung anders sein, so hätte das Gesetz es ausdrücklich sagen müssen.

23) Die genauere Ziffer braucht er in diesem Falle nur hinsichtlich des liquidirten Restes anzugeben.

24) Inwieweit bei irrthümlicher Annahme der vollen Dividende gegen Rückgabe des Zuvielerhaltenen die Kompensation nachträglich zuzulassen ist, entscheidet sich nach den Grundsätzen über die condictio indebiti.

§. 47.

Aufrechnung mit betagten und bedingten Forderungen.

Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen [a]), daß zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens [b]) die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen [c]) noch betagt oder noch bedingt war, oder die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war [d]).

Eine betagte Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach der Vorschrift des §. 58 zu berechnen [e]).

Zum Zwecke der Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung [f]) bei dem Eintritte der Bedingung kann der Gläubiger Sicherstellung insoweit verlangen [g]), als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt.

Eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach den Vorschriften der §§. 62, 63 zu berechnen [h]).

I. E. §. 53; II. E. §. 47; Pr. H.E. — Pr. K.O. —; B. Pr. O. —

a. (Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen). Die Aufrechnung setzt an und für sich betrachtet voraus, daß Forderung und Gegenforderung gleichartig, gleichfällig und gleichreif zur Geltendmachung seien. Ist die Forderung vollkommen exigibel, die Gegenforderung aber durch eine Bedingung oder Zeitbestimmung beschränkt, so kann im Allgemeinen nicht kompensirt werden. Dies muß im Konkurse wegfallen, und zwar weil und soweit als nach den allgemeinen Grundsätzen die Forderung überhaupt in ihrer Liquidirung im Konkurse durch solche Beschränkungen nicht gehindert wird [1]). Obwohl daher der §. 47 ganz allgemein lautet, bezieht sich derselbe doch nur auf die Kompensation gegen den Gemeinschuldner, auf die Aufrechnung eines Gläubigers des Gemeinschuldners, nicht auf das Recht des Verwalters zur Aufrechnung [2]). Es er-

1) Soweit überhaupt die Verschiedenartigkeit die Kompensation nicht hindert, finden sie natürlich auch im Konkurse keinen Anstand. Daß die Verschiedenartigkeit des Grundes oder der Beschaffenheit (z. B. dingliche und persönliche Natur) die Aufrechnung nicht ausschließt, bedarf keiner Erwähnung, ebenso daß es die Aufrechnung nicht hindert, wenn die Forderung verzinslich, die Gegenforderung unverzinslich ist u. dgl.

2) Eben deshalb verliert (Fitting §. 21 Note 4) der Konkursgläubiger, welcher von dem Gemeinschuldner nicht Geld, sondern andere vertretbare Sachen zu fordern hat und diesem gleichartige Sachen schuldet, durch die Konkurseröffnung

gibt sich dies sowohl aus dem Zusammenhange mit §. 46, wie auch aus der sofortigen Erwähnung des „Gläubigers."

Wenn also z. B. der Müller Mehlwurm dem Getreidehändler Kornsack 1000 Mark zahlbar am 1. August 1891 schuldet, ihm seinerseits aber Kornsack für im Tauschwege gelieferte 100 Säcke Kaisermehl, 200 Scheffel ungarischen Waizen am 1. Mai 1890 zu liefern hat und Kornsack am 1. Juni 1890 in Konkurs geräth, so kann zwar Müller Mehlwurm seine Schuld von 1000 Mark (ohne Diskontoabzug) an dem Werth des ihm geschuldeten Waizens abrechnen, aber der Konkursverwalter kann nicht verlangen, daß Mehlwurm wider seinen Willen die erst in Jahresfrist fällige Schuld jetzt schon an seiner Konkursforderung für die rückständige Waizenlieferung aufrechne [3]).

b. (*zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens*).

Dieser Ausdruck darf nicht mittelst eines argumentum e contrario dahin gedeutet werden, daß Forderungen, welche nicht blos zur *Zeit*, sondern auch *nach* Eröffnung des Verfahrens betagt, bedingt oder ungleichartig waren, zur Aufrechnung nicht benützt werden dürften. Es ergibt sich dies aus der Natur der Sache, denn insonderheit die betagte Forderung wird überhaupt durch die Konkurseröffnung fällig (§. 58), die bedingte gewährt mindestens Anspruch auf Sicherstellung (§§. 59 u. 60), die auf einen Geldbetrag nicht gerichtete verwandelt sich in eine solche (§. 62 [4]). Der obige Ausdruck ist also nur für bedingte Forderungen gewissermassen richtig und zwar im Hinblicke auf §. 158 der KO.

c. (*die aufzurechnenden Forderungen oder eine von ihnen*).

Wenn die Forderung an den Konkursgläubiger z. B. in einem Jahre, die Gegenforderung desselben an den Gemeinschuldner aber erst in zwei

---

die Aufrechnungsbefugniß nicht, nur muß er dieselbe außerhalb des Konkurses ausüben, d. h. sein Forderungsrecht anmelden.

3) „In dem einen wie in dem andern Falle ist die Aufrechnung eine Befugniß des Gläubigers zu dessen Deckung und Vortheil; der Konkursverwalter hat, wenn überhaupt ein Interesse, kein Recht, den Gläubiger auf die Kompensation zu verweisen." (Motive.) Dieser Ausspruch ist in solcher Allgemeinheit nicht richtig; denn wenn der Verwalter es im Interesse der Masse finden sollte zu kompensiren, so kann er es thun; *nur* kommen ihm natürlich die im Titel VI gewährten Erleichterungen nicht zu Statten; daß der Konkursgläubiger z. B. eine noch nicht fällige Schuld ohne Zwischenzinsen kompensiren läßt, dazu kann er ihn allerdings nicht zwingen.

4) *Hullmann* S. 188 bemerkt, daß das Citat des §. 63 eigentlich in den zweiten Absatz gehört hätte. Vgl. unten Note 9.

Jahren fällig ist, soll die Aufrechnung ebensowenig ausgeschlossen sein, als wenn bei der Konkurseröffnung die Schuld des Konkursgläubigers bereits fällig, seine Konkursforderung aber noch betagt ist. Der umgekehrte Fall, daß er eine sofort exigible Konkursforderung hat, während er selbst z. B. erst in zwei Jahren an den Gemeinschuldner zu zahlen hätte, ist ohnehin nicht ein Zweifelsfall[5]); der Konkursgläubiger kann natürlich kompensiren, aber weil es sein freier Wille ist, wenn er aufrechnet, so kann er Zwischenzinse für seine vorzeitige Zahlung nicht berechnen, worüber unten bei lit. e das Nähere erörtert werden wird.

War in diesem Falle seine Forderung eine verzinsliche, so kann er jedenfalls die vor der Konkursordnung verfallenen Zinsraten mit aufrechnen. Aber auch die seit Eröffnung des Konkurses aufgelaufenen; denn der §. 56 Nr. 1 der KO. verbietet nur die Geltendmachung solcher Zinsen im Konkurse, was hier nicht der Fall ist. Es wäre auch offenbar unbillig, wenn der Verwalter des am 1. Mai 1880 in Konkurs verfallenen A einen am 1. April zahlbaren von B acceptirten Wechsel zu 1000 Mark am 1. Juli unter Zurechnung von 15 Mark Verzugszinsen aufrechnen dürfte, dagegen B nicht einmal die vertragsmäßig, seit 1. Januar 1880 erlaufenen 4⁰/₀ Zinsen für ein dem A gegebenes Darlehen dagegen kompensiren könnte.

d. (oder die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war).

Der Fall ist der folgende: Privatier A schuldet dem Maurermeister B für geleistete Arbeit 10,000 Mk; ferner besteht zwischen A und B ein Vertrag, wonach B fünf Jahre lang das Hausdach bei A unentgeltlich in gutem Stande erhalten muß. Maurermeister B kommt in Konkurs und Privatier A will nun an seiner Schuld von 10,000 Mark seine Gegenforderung aus dem Vertrage aufrechnen. Gemeinrechtlich und überhaupt nach den meisten Gesetzgebungen sind Forderungen, deren eine auf ein Thun, die andere auf ein Geben gerichtet ist, zur Kompensation nicht geeignet[6]). Dies ändert für den Konkurs unser Gesetz[7]). Ebenso muß be-

---

5) Die Motivirung, weshalb dieses System adoptirt wurde, kann für die Praxis übergangen werden, obwohl sie sehr scharfsinnig und lesenswerth ist, vgl. Motive zum II. E. S. 231 ff.

6) Seuffert, Pandekten §. 287 Note 9; Pr. LR. Th. I Tit. 16 §§. 343, 345 Code civil art. 1291.

7) Der Entwurf hatte, obwohl die Motive diesen Fall speziell im Auge hatten, denselben nicht ausdrücklich erwähnt. Auf Antrag des Abg. Dr. Goldschmidt wurde die jetzige Fassung angenommen. K. Prt. S. 55 und 58. Vgl. noch unter lit. h.

merkt werden, daß der Satz: liquidi cum illiquido non fit compensatio für den Konkurs durch §. 47 gleichfalls beseitigt erscheint[8]). Und zwar bedarf es zur Zulassung in diesem Falle keiner weiteren Voraussetzung[9]).

e. (Eine betagte Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach der Vorschrift des §. 58 zu berechnen.)

„Die Betagtheit hindert die Aufrechnung im Konkursverfahren nicht. Ist die Passivforderung noch betagt, so stellt sie das Gesetz unter die Vorschrift des §. 58. Sowie der Gläubiger die noch nicht fällige Forderung

---

8) Ohnehin gilt dieser Satz nicht allgemein. Daß er aber für den Konkurs jedenfalls als ausgeschlossen gelten solle, wurde in der Berathung (a. a. O.) ausdrücklich zu Protokoll konstatirt. Hier ist nun aber vor einem Irrthum zu warnen. Man bedient sich gewöhnlich des Ausdruckes: „die illiquiden stehen den bedingten Forderungen mindestens gleich" (Motive); dies ist richtig, wenn man den Nachdruck auf das Wort „mindestens" legt. Denn insoferne stehen sie anders als die bedingten, daß ihre Berücksichtigung im Konkurse nicht blos zur Sicherstellung führt und daß diese Berücksichtigung nicht blos bis zur Schlußvertheilung dauert. Gesetzt, die Forderung des Gemeinschuldners ist liquid, die Gegenforderung des Konkursgläubigers aber illiquid, so muß allerdings erst für die letztere und zwar im Feststellungsverfahren die Liquidität hergestellt werden. Allein nur zum Beginne der Liquiditätsfeststellung wird die Frist des §. 140 der KO. eintreten, zur Beendigung dieses Streites ist nicht (wie bei der Suspensivbedingung) ein Termin vorgeschrieben. Der Prozeß kann länger dauern, als das Konkursverfahren; endigt er später zum Nachtheile des Gläubigers, so wird der von ihm geschuldete (und nunmehr durch Aufrechnung nicht getilgte) Betrag frei und es ergibt sich nach §. 153 eine Nachvertheilung.

9) Die Motive bemerken: „Wenn sonst das Civilrecht die Deposition einer Schuld zum Zwecke der Aufrechnung mit einer illiquiden Forderung an die Erfordernisse eines Arrestschlages knüpft (z. B. Pr. LR. Th. I Tit. 16 §§. 360, 226) — so ist der Nachweis eines Arrestgrundes für den Konkurs sicher entbehrlich; der Arrestgrund ist durch ihn konstatirt." Die Motive fügen bei: „Die Forderung wird glaubhaft gemacht werden müssen." Hiefür ist im Gesetze kein Anhalt gegeben; dem Verwalter steht frei, derselben die Anerkennung zu versagen, und dann muß eben Prozeß geführt werden. Die Praxis der Preuß. KO., in welcher die §§. 95 u. 96 ohngefähr denselben Inhalt wie unsere KO. hatten, ging indessen (vgl. Erk. des Berl. Obertrib. v. 9. Januar 1861 bei Striethorst Bd. 41 S. 7) von einer anderen Anschauung aus. Sie nahm an, daß auch im Konkurse die Liquidität ein Erforderniß der Kompensation bilde, daß aber der Anspruch auf Deposition wegen illiquider Gegenforderungen von einer vorherigen Bescheinigung der Gegenforderung nicht abhängig sei.

gleich einer fälligen anmelden und verfolgen könnte, so ist er befugt, die Kompensation schon jetzt auszuüben. — Wenn die Forderung, welche zur Kompensation benützt werden will, unverzinslich ist, so muß sich der Gläubiger die Zwischenzinsen abziehen lassen, und zwar vom Zeitpunkte der Konkurseröffnung ab, denn mit diesem trat die Kompensabilität ein." (Motive.) Der Gläubiger kann übrigens (wie bereits erwähnt) auch dann kompensiren, wenn seine Forderung an den Gemeinschuldner fällig, dagegen seine Schuld an den Gemeinschuldner eine betagte war[10]). Und zwar kann er dies nachträglich auch dann noch, wenn er seine Forderung im Konkurse bereits angemeldet hatte[11]). Da aber die obige Gesetzesstelle nur die Forderung des Gläubigers, nicht auch dessen Schuld unter §. 58 stellt, so ergibt sich, daß (vgl. oben lit. c) Zwischenzinsen von ihm in diesem Falle nicht abgerechnet werden können, denn hier erscheint die Vornahme der Kompensation als ein Verzicht auf die ihm gewährte Frist zur Erfüllung[12]). Gesetzt also, A schuldet dem am 1. Juli 1880 in Konkurs gerathenen B 1000 Mark, hat aber ihm 3000 Mark als unverzinsliches Darlehen gegeben. Sind die 1000 Mark fällig, die 2000 Mark aber erst am 1. Juli 1881 zurückzubezahlen, so werden diese nach §. 58 berechnet, wonach sie am 1. Juli 1880 nur 1904 Mk. 80 Pf. werth sind; hienach erscheinen 1000 Mark durch Aufrechnung getilgt und A kann also noch 904 Mk. 80 Pfg. anmelden. Wären nun aber auch die 1000 Mark ein erst in Jahresfrist fälliger Wechsel, so kann A nicht diese (unter Abzug von 6% Diskonto) mit 943 Mk. 39 Pf. berechnen, sondern er muß, wenn er kompensiren will, die vollen 1000 Mark sich aufrechnen lassen[13]).

---

10) Das bereits früher citirte Erk. des ROHG. vom 11. Juni 1873 (Entsch. Bd. X S. 167) führt aus: „es sei ein aller Billigkeit widersprechendes Verlangen, daß der Schuldner des Kridars, welcher eine unbedingte und unbetagte Forderung an den Kridar hat, vor der Konkurseröffnung auf die Bedingung, den dies verzichten, die Forderung des Kridars als eine unbedingte, unbetagte, anerkennen soll, um sich die Möglichkeit einer Kompensation zu verschaffen. — Die Wirkung der nach Geltendmachung der unbedingten und fällig gewordenen Forderung des Kridars Seitens des Gläubigers zeitig abgegebenen Erklärung, kompensiren zu wollen, werde auf die Zeit, wo sich Forderung und Gegenforderung gegenübertreten, zurückbezogen; das sei eben die Bedeutung des Satzes „compensatio fit ipso jure."

11) Vgl. oben Seite 569.

12) Wie v. Wilmowski S. 256 bemerkt, wird dies dann anders sein, wenn Art. 334 des A. d. HGB. zur Anwendung kommt und Uebereinkunft oder Handelsgebrauch Diskontirung gestattet.

13) Der II. Entwurf lautete: „Eine betagte Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach der Vorschrift der §§. 58, 62 und 63 zu berech-

f. (Zum Zwecke der Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung).

Von resolutiv bedingten Forderungen spricht der §. 47 nicht. Nachdem diese gemäß der Vorschrift in §. 59 wie unbedingte Forderungen geltend gemacht werden können, versteht sich deren Kompensabilität von selbst. Wenn indessen der Gläubiger zur Sicherheitsleistung für den Fall des Eintrittes der resolutiven Bedingung verpflichtet war [14]), bleibt dies natürlich bestehen.

Ebenso bleibt umgekehrt das Recht des Gläubigers bestehen, von dem Verwalter für einen dem Gemeinschuldner nur resolutiv zukommenden Anspruch Sicherheit zu fordern, insbesondere wenn dieser größer ist, als die vom Gläubiger aufgerechnete Forderung und letzterer also den Mehrbetrag baar herausbezahlen muß. Nachdem übrigens, wenn die auflösende Bedingung eintritt, der Gläubiger für seine Forderung das Aufrechnungsobjekt verliert, wird er vorsorglich solche im Konkurse anzumelden haben [15]).

g. (kann der Gläubiger Sicherstellung insoweit verlangen).

I. Solange noch nicht gewiß ist, ob die Forderung des Gläubigers, welche er gegen seine Schuld aufrechnen will, überhaupt existent werden wird, kann natürlich diese Schuld nicht durch Kompensation getilgt werden. Wenn A dem Gemeinschuldner 1000 Mark schuldet, so kann er sich der Einzahlung dieser Summe in die Masse offenbar deshalb nicht entschlagen, weil ihm aus dem Vermögen des Gemeinschuldners B, falls dieser ohne Descendenz sterben sollte, 10,000 Mark zu verabfolgen sein würden. Nur wenn B zugleich verpflichtet wäre, für die richtige Erfüllung dieser vorerst ungewissen Verbindlichkeit Sicherheit zu leisten [16]), könnte A fordern, daß ihm diese unter Anderem auch durch Aufbewahrung seiner geschuldeten 1000 Mk. gewährt werde. Hier knüpft das Gesetz an und verfügt, daß für den etwaigen Eintritt

---

nen." Bei der Berathung glaubte Dr. Goldschmidt, weil nur §. 58 von betagten Forderungen spreche, könnten §. 62 und 63 gestrichen werden, was auch geschah. Allein bei „wiederkehrenden Hebungen", die zur Kompensation verwendet werden wollen, wird demohngeachtet §. 63 zur Anwendung zu kommen haben. Ebenso v. Wilmowski, S. (162) 257.

14) Ob dies der Fall ist, darüber entscheidet der Vertrag und das bürgerliche Recht. Fitting §. 21 Note 9.

15) Ebenso Fuchs S. 82, Stieglitz S. 340, v. Wilmowski S. 257.

16) Mit Recht macht v. Wilmowski a. a. O. darauf aufmerksam, daß nicht die Grundsätze des Civilprozesses bezüglich der Pflicht zur Kautionsstellung hier angewendet werden können, sondern die Frage, ob und wie Sicherheit zu leisten sei, nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen sei.

der Bedingung die spätere Ausübung des Kompensationsrechtes gesichert werde. Dies verlangt „das für den Konkurs und den Konkursgläubigern gegenüber begründete Recht der Deckung des Gläubigers durch seine Kompensationsschuld.“ (Motive.)

Demnach muß in solchem Falle primär die Schuld jedenfalls eingezahlt werden; es kann aber der Verwalter allerdings — wenn der Konkursgläubiger ein sicherer Mann ist — hievon Umgang nehmen und ihn selbst als „Sicherheit“ für seine suspensiv bedingte Schuld aufstellen. Gewöhnlich aber wird der Konkursverwalter die effektive Einzahlung begehren und durch Deponirung von Geld oder Werthpapieren[17]) (wegen der leichteren und wenig kostspieligen Wiederaufhebung) Sicherheit leisten[18]). Die Höhe der Sicherheit bemißt sich natürlich nicht nach dem Betrage der einzuzahlenden Schuld, sondern nach der Höhe der suspendirten Forderung. Soweit diese durch die Schuld nicht gedeckt ist, bleibt der Forderungsinhaber dividendenberechtigter Konkursgläubiger.

Nicht vergessen darf hiebei werden, daß nach §. 158 d. KO. die Sicherstellung nur bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist für die Schlußvertheilung zu dauern hat.

II. Anders liegt der Fall, wenn der Gläubiger eine unbedingte Forderung hat, seinerseits aber dem Gemeinschuldner nur bedingt (aufgeschoben) verpflichtet ist. Hier hat der Gläubiger zweierlei Wege; er kann die Aufrechnung fallen lassen, seine unbedingte Forderung im Konkurse liquidiren und abwarten, wie es sich mit seiner Schuld gestaltet. Der Verwalter kann die bedingte Forderung meiner Ansicht nach überhaupt nicht

---

17) Hypothekbestellung ist nicht zweckmäßig; Bürgschaft kann unter Umständen der Verwalter selbst leisten. In der Regel, scheint mir, liegt die Sicherheit des Gläubigers in der Masse selbst; wenn ihm der Verwalter zusichert, falls die Bedingung eintritt, werde er vollkommen gedeckt werden, und wenn die Masse voraussichtlich hiezu reicht, ist es meines Erachtens unnöthig, eine besondere Kautionsleistung vorzunehmen. In dieser Zusicherung liegt ja die Kontrahirung einer Masseschuld.

18) Vorbehaltlose Einzahlung Seitens des Gläubigers wäre als Verzicht auf die Aufrechnung anzusehen und zwar meiner Meinung nach einerlei, ob die Aufrechnung unvorbehalten blieb, oder ob der Konkurs-Gläubiger bei der Einzahlung sein Recht, Sicherheit zu fordern, nicht ausübt. Warum im letzteren Falle (wie Hullmann S. 189 und ihm folgend Stieglitz S. 340 und v. Wilmowski S. 258 annehmen) ein solcher Verzicht nicht liegen soll, ist mir nicht klar. Vgl. auch das Erk. des ROHG. vom 22. Februar 1876 (Entsch. Bd. XIX S. 323) und vom 17. Februar 1872 (Bd. V S. 151).

zur Masse ziehen[19]). Keinenfalls (auch wenn man entgegen meiner Meinung die bedingte Forderung zur Masse zieht) kann der Verwalter damit wider den Willen des Gläubigers kompensiren, oder vom Gläubiger deshalb allein, weil dieser seinen Anspruch liquidirt, Sicherstellung für seine bedingte Schuld begehren, soferne das Civilrecht dieselbe nicht vorschreibt[20]). Will aber der Gläubiger aufrechnen, so kann er dies meines Erachtens nur entweder, wenn die Bedingung eintritt, ehe er Dividenden in Empfang genommen hat[21]), oder wenn er seine Schuld als unbedingte anerkennt.

b. (Eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach den Vorschriften der §§. 62, 63 zu berechnen).

Es läßt sich nicht annehmen[22]), daß dieser Absatz des vorstehenden Paragraphen nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn der auf Nicht-Geld gerichteten Forderung eine andere Forderung auf Nicht-Geld entgegensteht. Vielmehr wird die Bestimmung ganz allgemein zu gelten haben. Im Beispiele oben bei lit. d wird die von Maurermeister B übernommene Verbindlichkeit, fünf Jahre lang das Hausdach des A unentgeltlich in gutem Stand zu erhalten, abgeschätzt[23]) und dann die hiefür ermittelte Aversalentschädigungssumme an den 10,000 Mark abgerechnet.

Aber allerdings muß die Forderung des Gläubigers eine solche sein, welche überhaupt Konkursforderung ist. Wenn dies nicht der Fall (vgl. oben S. 98 und 99), so kann natürlich dieselbe auch nicht abgeschätzt und aufgerechnet werden.

Eine nicht auf Geld gerichtete Schuld des Gläubigers erwähnt das Gesetz nicht; daraus folgt[24]), daß sobald diese Schuld keine Geldschuld und

---

19) Vgl. oben S. 75.

20) Der Abs. 3 bezieht sich, wie aus dem Worte „einzuzahlen" hervorgeht, nur auf eine Schuld des Konkursgläubigers Vgl. Mandry S. 434 fg., v. Sarwey S. 443, v. Wilmowski S. 258.

21) Natürlich vorausgesetzt, er hat seine ganze Forderung, nicht blos den etwaigen Ausfall liquidirt. Falls er indessen die Aufrechnung sich vorbehalten hat und den ihm nicht gebührenden Dividendenantheil zurückgibt, wird er allerdings auch nachträglich noch kompensiren können. Vgl. Note 18.

22) Wie z. B. Hullmann, Erläut. S. 190 anzunehmen scheint.

23) Sachverständige wissen anzugeben, wie viel die Reparatur eines Daches von der und der Größe und der und der Beschaffenheit im Durchschnitte jährlich kostet.

24) Vgl. v. Sarwey S. (369) 443.

mit der Forderung des Gläubigers nicht gleichartig ist, sie nicht kompensirt werden kann[25]). Der Gläubiger vermag aber die Aufrechnung dadurch zu erzielen, daß er nicht erfüllt und sich auf das Interesse verurtheilen läßt.

---

§. 48.

Unzulässigkeitsfälle der Aufrechnung.

Eine Aufrechnung im Konkursverfahren ist unzulässig[a]):

1) wenn Jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist;
2) wenn Jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war;
3) wenn Jemand vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch ein Rechtsgeschäft mit demselben oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte, oder daß die Eröffnung des Verfahrens beantragt war. Die Vorschrift des §. 26 findet entsprechende Anwendung[b]).

Die Aufrechnung ist zulässig[c]), wenn der Erwerber zur Uebernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war[d]) und zu der Zeit, als er die Verpflichtung einging, weder von der Zahlungseinstellung noch von dem Eröffnungsantrage Kenntniß hatte[e]).

I. E. §. 54; II. E. §. 48; Pr. H. E. Art. 752; Pr. KO. §. 97; B. Pr. O. —

a. (Eine Aufrechnung im Konkursverfahren ist unzulässig).

Der §. 48 führt diejenigen Fälle auf, in welchen die Kompensirung

---

25) Nothwendig wäre es nicht; wenn freilich der Gläubiger eine in Geld nicht wohl zu schätzende obligatio ad faciendum gegenüber dem Gemeinschuldner auf sich hat, schließt sich die Aufrechnung der Natur der Sache nach aus. Weshalb aber sollte der Gläubiger, der 1000 Mark zu fordern und dem Gemeinschuldner dagegen ein Objekt, 1000 Mark werth, zu liefern hat, nicht wettschlagen dürfen?

nur wegen des eingetretenen Konkursverfahrens und nur der Mitgläubiger und ihres gemeinsamen Konkursanspruches halber unzulässig ist. Daraus folgt, daß nach Beendigung des Konkurses oder in Bezug auf Verhältnisse, welche vom Konkursverfahren nicht berührt werden, die in §. 48 erklärte Unzulässigkeit nicht von Wirksamkeit ist, vielmehr unter solcher Voraussetzung auch hier für die Frage der Zulässigkeit lediglich das gewöhnliche bürgerliche Recht zur Anwendung zu kommen hat[1]). Dagegen ist umgekehrt während des Konkurses auch ein vorhergegangener Vertrag mit dem Gemeinschuldner, wonach dieser eine weitergehende Kompensationsbefugniß einräumte, ohne Wirksamkeit. Denn die betreffenden Einschränkungen sind, wie die Motive bemerken, lex publica[2]).

Drei Fälle sind es, welche der obenstehende Paragraph aufführt[3]):

Erster Fall.

Die Schuld, welche durch Aufrechnung getilgt werden soll, ist erst nach der Konkurseröffnung entstanden und Masseschuld.

Zweiter Fall.

Die Forderung, welche zur Aufrechnung benützt werden soll, ist erst nach der Konkurseröffnung dem Gläubiger erworben.

Dritter Fall.

Der Aufrechnende befand sich nicht in gutem Glauben.

Es versteht sich von selbst, daß was für die beiden ersten Fälle wegen der Zeit der Entstehung bestimmt ist, auch wegen der Qualität der Forder-

---

1) Die Motive (zum II. E. S. 234) könnten zu einer weitergehenden Ausschließung veranlassen, weil sie sich des Ausdruckes bedienen: „der §. 48 stellt die Fälle zusammen, in denen der Eintritt des Konkurses und der schon begründete Konkursanspruch aller Gläubiger die wirksame Entstehung eines Kompensationsrechtes zu Gunsten eines Einzelnen ausschließt". Allein man darf nicht vergessen, daß sich die KO. überhaupt nur mit Vorschriften für den Konkurs befaßt und daher die Motive sehr wohl in der obigen allgemein scheinenden Form die Entstehung des Kompensationsrechtes verneinen können, ohne damit mehr zu meinen als „Entstehung dieses Rechtes im Konkurs und für den Konkurs".

2) Die singuläre Bestimmung des Pr. LR. Th. I Tit. 16 §. 322 zu Gunsten des Pächters ist schon durch §. 12 der KO. beseitigt.

3) „Mit dieser Vorschrift ist kein neuer legislativer Grundsatz aufgestellt, vielmehr enthält die Preußische Konkursordnung die gleiche Bestimmung und die Bayerische und Hannöverische Prozeßordnung, sowie das Französisch-Rheinische Recht nehmen denselben Standpunkt ein. Auch im Gebiete des Gemeinen Rechtes ist der gedachte Grundsatz anzuerkennen." Erk. des RG. v. 4. Mai 1880 (Entscheid. Bd. I S. 347).

ungen selbst gelten muß. Wenn die Schuld, welche durch Aufrechnung getilgt werden soll, zwar schon vor der Konkurseröffnung entstanden ist, aber sich auf das freie Vermögen des Gemeinschuldners bezieht, oder wenn die Forderung, welche zur Aufrechnung benützt werden will, dem Gläubiger zwar schon vor der Konkurseröffnung erwachsen ist, aber nur das freie Ver-Vermögen betrifft, so bleibt die Aufrechnung mit Konkursforderungen oder gegen zur Konkursmasse gehörige Passiven natürlich auch ausgeschlossen; es fehlt die Identität der Subjekte[4]) ebenso wie im Falle des §. 48 Nr. 1 u. 2.

Dies nämlich ist der Grund der Bestimmung. Wenn die Schuld, gegen welche aufgerechnet werden will, nach der Konkurseröffnung und für die Masse entstanden ist, die Forderung aber, mit welcher aufgerechnet werden will, nicht gegen die Masse, sondern gegen den Gemeinschuldner besteht, so kann ebensowenig kompensirt werden, als ich meine Forderung gegen den Herrn Huber benützen kann, um meine Schulden an den Herrn Mayer damit auszugleichen[5]). Doch schließt dies (wie der Eingang des §. 48 sagt) nur die Aufrechnung im Konkursverfahren aus.

Ist also nach der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner für seine Person durch ein Rechtsgeschäft oder durch die Handlung eines Anderen forderungsberechtigt geworden, so ist der hier supponirte Fall nicht gegeben; die Aufrechnung findet vielmehr — wenn überhaupt zulässig — statt. Z. B. der Fabrikant A hat von dem Kaufmann B für gelieferte Waaren 100 Mark zu fordern; B geräth in Konkurs; A meldet seine Forderung an; bei einer zufälligen Begegnung mit B aber entwickelt sich ein Streit, in dessen Verlauf A dem B einen thätlichen Beweis seiner Mißachtung verabfolgt, welcher dem B eine Ausgabe von 100 Mark für Kurkosten verursacht, zu deren Ersatz A verurtheilt wird. Hier kann A unzweifelhaft seine Forderungsanmeldung zurückziehen und seine Schuld durch Abrechnung an dem Waarensaldo tilgen[6]). Gesetzt aber: A wohnt bei B in der Miethe und leiht seinem in Geldnoth befindlichen Hausherrn 1000 Mark; am 1. August wird über B das Konkursverfahren eröffnet; der Verwalter findet keinen Anlaß das Miethverhältniß aufzulösen; somit trifft am 1. Januar den Miether A die Zahlung des halbjährigen Zinses von 600 Mark. Diesen Betrag will er sich an seiner Darlehensforderung gegen den Gemeinschuldner abrechnen. Eine solche Aufrechnung ver-

4) Fitting §. 21 Note 14.

5) Die Vorschrift ist also eigentlich nur gegeben, weil die Masse von den Rechtsgelehrten nicht durchweg als selbständiges Rechtssubjekt anerkannt ist.

6) Auch der §. 11 der KO. steht nicht entgegen; denn dieser verbietet nur Arreste und Zwangsvollstreckungen in das Vermögen des Gemeinschuldners; vgl. Fuchs, Concursprozeß S. 85 Note 16.

bietet §. 48 Ziff. 1; denn die Miethe schuldet A der Masse, also einem andern Rechtssubjekte als dasjenige ist, von dem er das Darlehen zu fordern hat [7]).

Es wird demnach immer vorausgesetzt, daß die nach der Konkurseröffnung entstehende Schuld eine zur Konkursmasse zu erfüllende ist, und bedient sich daher das Gesetz mit Absicht hinsichtlich der Schuld nicht des Ausdruckes: „wenn Jemand dem Gemeinschuldner Etwas schuldig geworden ist" [8]), sondern der Worte: „wenn Jemand Etwas zur Masse schuldig geworden ist." Dagegen ist hinsichtlich der Forderung das Verhältniß das entgegengesetzte; wenn Jemand nach der Konkurseröffnung eine Forderung gegen die Masse erworben hat, kann er mit der nachträglich entstandenen Schuld allerdings kompensiren, nicht aber, wenn seine Forderung gegen den Gemeinschuldner begründet ward. Wie nun aber, wenn materiell die Aufrechnung gerechtfertigt erscheinen würde? Z. B. die mit einem Lohnrückstande von 200 Mark betheiligte Köchin Anna kauft bei der vom Verwalter des überschuldeten Nachlasses des Privatier Huber abgehaltenen Versteigerung Küchengeschirr und ein Dienstbotenbett um 250 Mark. Nachdem der Nachlaß mehr als 10,000 Mark beträgt, die bevorzugten Schulden nur 2000 Mark beziffern, sonach die Liedlohnforderung jedenfalls zum Zuge kommt, will Köchin Anna nur 50 Mark zahlen und die übrigen 200 Mark gegen ihre Forderung aufrechnen. Nach der Ansicht einiger Lehrer des Gemeinen Rechtes [9]) kann sie dies, nach der KO. nicht. Die wichtige Folge davon ist, daß, wenn sich die Gläubigerin nicht gemeldet hat, sie den vollen Betrag zur Masse zahlen muß und Nichts erhält. Hat sie sich gemeldet und ist ihre Forderung nicht sehr unglaubhaft, so wird ihr freilich ein anständiger Verwalter Kredit geben und in Anwendung des §. 157 der KO. baldmöglichst faktisch kompensiren [10]); dies ändert aber an dem Grundsatze selbst Nichts.

ad 2. I. Voraussetzungen des zweiten Unzulässigkeitsfalles sind:

A. daß die Schuld, mit welcher aufgerechnet werden will, vor der Konkurseröffnung entstanden ist;

---

7) Ebenso entschieden vom RG. in dem in Note 3 citirten Erkenntnisse und vom Berl. Obertribunal im Erk. 9. Jan. 1856 (Striethorst Bd. 19 S. 232). Ein anderes Erk. v. 18. Sept. 1868 (Entscheidungen Bd. 61 S. 409) spricht den Satz aus, daß der Pächter des Gemeinschuldners seinen Anspruch auf Rückgabe der Kaution und auf Entschädigung wegen unzeitiger Kündigung nicht mit dem Pachtschillinge für die Zeit nach eröffnetem Konkurse kompensiren könne.

8) Wie die Pr. KO. §. 97 N. 1.

9) Siehe die Citate in den Motiven zum II. E. S. 235 Note 2.

10) Er befriedigt ihre privilegirte Forderung eben durch gegenseitige Abrechnung.

B. daß die Forderung, gegen welche aufgerechnet werden will, nach der Konkurseröffnung erworben wird;

C. daß diese Forderung gegen den Gemeinschuldner gerichtet ist [11]).

Diese Voraussetzungen ergeben sich aus dem §. 6 der Konkursordnung. Z. B. Kaufmann A schuldet dem Fabrikanten B für gelieferte Waaren 1000 Mark; B geräth in Konkurs; hiedurch wird A verpflichtet, die 1000 Mark nicht mehr an B, sondern in die Masse einzuzahlen. Wenn nun etwa während der Dauer des Konkurses aus irgend einem Grunde B dem A seinerseits 1000 Mark schuldig wird, so hat damit die Masse Nichts zu thun, und es braucht sich diese daher auch nicht eine Nichtzahlung der ihr gebührenden 1000 Mark gefallen zu lassen. Anders natürlich, wenn A dem B erst nach der Konkurseröffnung die 1000 Mark schuldig wurde; hier steht der Aufrechnung Nichts entgegen [12]). Ebenso, wenn umgekehrt während der Dauer des Konkurses Kaufmann A dem Verwalter der B'schen Masse zum Fortbetrieb der Fabrik für 1000 Mark Oel und Petroleum geliefert hat [13]); denn dann ist wiederum Gläubigerin und Schuldnerin die Masse, also eine Aufrechnung zulässig.

Der Fall, wie er im ersten Beispiele enthalten ist, die wirkliche Neuentstehung einer Forderung gegen den Gemeinschuldner, ist so klar, daß eine ausdrückliche Bestimmung hierüber eigentlich nicht nöthig gewesen wäre [14]). Der Hauptton liegt auf dem in Nr. 2 enthaltenen Schlußsatze: „auch wenn die Forderung schon vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war." Also der Fall, daß (um bei obigem Beispiele zu bleiben) Kaufmann A nach der Eröffnung des Konkurses einen von B acceptirten Wechsel auf 1000 Mark vom Inhaber C [15]) ankauft und nun kompensiren möchte. Die Bestimmung ist von höchster praktischer Wichtigkeit; denn ohne sie würde „die Ausplünderung der Masse durch frivolen Aufkauf von Passivforderungen" [16]) sanktionirt [17]). Der Zeitpunkt des Forderungserwerbes

11) Wenn die Forderung, welche nach der Konkurseröffnung entstanden ist, eine Forderung an die Masse bildet, so kann die Schuld an die Masse allerdings damit kompensirt werden, natürlich soweit überhaupt nach Civilrecht in concreto die Kompensation zulässig erscheint.

12) Hier fehlt Voraussetzung A.

13) Hier fehlt Voraussetzung C.

14) Eben weil sich die Folgerung ganz von selbst aus §. 6 ergibt.

15) Der natürlich denselben viel wohlfeiler begibt.

16) Motive.

17) Die Motive (zum II. E. S. 235) begründen den Satz juristisch folgendermaßen: „Die Forderung ist mit dem Eintritte des Konkursverfahrens eine Konkursforderung geworden und bleibt eine solche, auch wenn sie in die Hand

allein kann hiebei entscheidend sein. Fand derselbe erst nach der Konkurseröffnung statt, so schützt den Erwerber der gute Glaube nicht[18]); denn nachdem das Gesetz diesen Fall nicht ausnimmt und ganz allgemein nur den Erwerb nach der Eröffnung nennt[19]), so ergibt sich, daß die Auslegung auch keinen Unterschied machen darf.

Ebenso folgt aus dem unbeschränkt hingestellten Worte[20]): „erworben", daß die Vorschrift des §. 48 Ziff. 2 sich auf alle Erwerbungsarten, insbesondere also auch auf den Fall der Universalsuccession bezieht. Gesetzt demnach, der Kaufmann A schuldete aus einem vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Fabrikanten B mit diesem gemachten Geschäfte demselben 1000 Mark. Der Onkel des A, Bankier C, aber hatte ein Kontocorrentguthaben an B von 1500 Mark zu fordern. Nach dem Ausbruche des Konkurses stirbt C und wird, da er kinderlos ist, von seinem Neffen A beerbt. Obwohl nun bei diesem nunmehr zwei an sich kompensable Posten zusammentreffen, kann er doch nicht aufrechnen, da ihm der Wortlaut des §. 48 Ziff. 2 entgegensteht[21]).

---

einer anderen Person übergeht. In der Hand des Erwerbers befand sich bei der Konkurseröffnung zwar ein Objekt der Masse — die Schuld —, zu einem Absonderungsrechte aber fehlte ihm die Forderung. Und auf die Person des bisherigen Gläubigers gesehen, so kann Niemand mehr Rechte übertragen, als er selbst besitzt."

18) Anders im Gemeinen Rechte, in welchem die Mehrheit die mala fides für die Unzulässigkeit der Kompensation verlangt, vgl. dagegen v. Bayer S. 92.

19) Der Grund, weshalb das Gesetz dies thut, ist aus den Motiven, welche in der Note abgedruckt sind, zu ersehen. Aus diesen ergibt sich, daß eigentlich dann eine Ausnahme stattfinden müßte, wenn bei dem cedirenden Gläubiger selbst eine kompensable Schuld an die Masse vorhanden ist. Denn in diesem Falle war ja die cedirte Forderung bereits mit einem „Absonderungsanspruche" versehen. Wenn A der Masse 100 schuldet und B, welcher der Masse 200 schuldet, cedirt die von ihm bei dem Gemeinschuldner zu fordernden 100 an A, so ist die Masse nicht verringert, denn ob A oder B die 100 kompensirt, kann ihr einerlei sein. Das Gesetz hat aber diese Ausnahme wohl deshalb übergangen, weil der B nicht cediren, sondern selbst kompensiren wird.

20) Während in Ziff. 3 der Erwerb durch ein Rechtsgeschäft ausdrücklich genannt ist.

21) Ich halte diese Entscheidung für juristisch nicht richtig; dieselbe war es vielleicht unter dem Präklusionsprinzip; denn bei diesem wäre nicht mehr res integra, weil die nicht angemeldete Forderung des C aus der Masse, zu der die Schuld des A gehört, Nichts, die etwa angemeldete aber nur Prozente beziehen kann. Dem gegenwärtigen Systeme nach aber müßte der Erwerb durch Universalsuccession offenbar zur Kompensation führen. Indessen der

II. Eine besondere Hervorhebung verdienen die Verhältnisse aus dem Wechselverkehr [22]). Daß ein Wechsel, den der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung acceptirt oder trassirt oder indossirt, in keiner Weise zur Kompensirung benützt werden kann, ist klar. Ebenso wird es keiner Auseinandersetzung bedürfen, daß keine Schuld an den Gemeinschuldner, sondern eine solche an die Masse in Frage ist, wenn der Verwalter einen von dem Kompensationslustigen — wenn auch vor dem Konkursausbruch — acceptirten, trassirten oder indossirten Wechsel erwirbt, daß also gegen einen solchen der Konkursgläubiger nicht kompensiren kann [23]). Wie aber ist der Fall zu entscheiden, wenn der Gemeinschuldner den Wechsel vor der Konkurseröffnung ausgestellt, acceptirt, indossirt hat und der Wechsel von demjenigen, welcher kompensiren will, nach der Konkurseröffnung im Regreßwege [24]) eingelöst wird? Z. B. der Fabrikant A zieht am 1. Juni für an Kaufmann B gelieferte Waaren zur Deckung seiner auf 1000 Mark sich beziffernden Faktura an Ordre des C drei Monate dato auf B, welcher den Wechsel acceptirt. Am 1. Juni girirt C die Tratte an D; am 1. August kauft A bei B verschiedene Waaren um 1000 Mark, die er vorerst schuldig bleibt; am 15. August fallirt B. Der Wechsel geht bei Verfall in Protest und es regressirt sich C an D und D an A, der den Wechsel einlöst und nun gegen seine Schuld von 1000 Mark kompensiren will. Ich halte diese Kompensation für zulässig; denn als Acceptant war der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung dem Trassanten verpflichtet, diese Verpflichtung blieb bestehen als eine eventuelle und suspendirte, solange nicht feststeht, daß der Wechsel bei Verfall auch eingeht; es ist also die bei A nach dem 1. September entstandene Forderung keine von ihm neu erworbene, sondern die schon am 1. Juni erworbene ist wieder wirksam geworden. Wie nun beim Indossanten? Gesetzt, in obigem Beispiele wäre aus irgend einem Anlasse der Remittent C dem Gemeinschuldner 1000 Mark schuldig; hat er den Wechsel nicht weiterbegeben, sondern zur Zeit der Konkurseröffnung in

---

Wortlaut des Gesetzes schließt dieselbe, wie erwähnt, entschieden aus, und daß dies auch die Absicht des Gesetzes war, bestätigen die Motive ausdrücklich (vgl. zum II. E. S. 236).

22) Vgl. hierüber die klaren Erörterungen v. Sarwey's S. (375) 450 und (377) 452.

23) Auch nicht, wenn dieser Erwerb durch Einlösung des Wechsels als Regreßpflichtiger erfolgt.

24) Daß er nicht kompensiren kann, wenn er einen solchen Wechsel einfach z. B. kauft oder sonst neu an sich bringt, bedarf keiner Begründung; denn dies ist ein „Erwerb", wie jeder Forderungserwerb.

Händen, so kann er ohne Zweifel kompensiren, denn nach Art. 23 der A. d. WO. haftet ihm der Acceptant[25]); allein wenn er den Wechsel weiterbegibt und erst nach der Konkurseröffnung im Regreßwege wieder zurückerworben hatte, soll dies nicht zulässig sein[26]), weil durch das Indossament alle Rechte des Wechselinhabers verloren gehen, und wenn er den Wechsel wiederum einlöst, eine neue Forderung entsteht, die aber erst vom Tage der Einlösung datirt, und also nach der Konkurseröffnung erworben wäre? Ich kann dies nicht annehmen, soferne es sich um eine Kompensation handelt, bei welcher sich Trassant und Acceptant, oder Remittent und Trassant[27]) beziehw. Aussteller des eigenen Wechsels gegenüberstehen. Denn in all diesen Fällen bleibt nach dem Indossament der erste Indossant immer ein wenigstens eventuell Berechtigter, indem er als letzter Regreßgeber stets und auch dann, wenn er momentan den Wechsel begeben hat, subsidiären Anspruch an den Acceptanten beziehw. Trassanten und Aussteller hat, ein Anspruch, der also durch das Regreßgiro nicht neu geschaffen, sondern nur wieder reintegrirt wird. Praktisch erfordert auch offenbar in solchen Fällen die Billigkeit, daß die Aufrechnung zugelassen werde, während der dazwischen Stehende derselben nicht bedarf, da er sich an den Vormann regressirt. Nehmen wir den Fall, Adam zieht für Ordre des Benno auf Cosmus 100 Mark, welcher acceptirt: Benno girirt an David und dieser an Enoch. Bei Verfall ist Cosmus in Konkurs und Enoch läßt den Wechsel an David zurückgehen. Ist nun dieser dem Cosmus 100 Mark schuldig, so schadet ihm der Ausschluß der Kompensation nicht, denn er zahlt die 100 in die Masse, gibt aber den Wechsel an Benno zurück und erhält seine 100 Mark wieder; ebenso ist es, wenn Benno 100 Mark schuldet. Adam aber, der etwa 100 an Cosmus schuldet und zwar vielleicht gerade deshalb, weil Cosmus die Tratte acceptirt hatte, müßte seine Schuld in die Masse einzahlen, könnte aber für seine Forderung nur als Konkursgläubiger auftreten. Hierin läge eine durch die bloß formale Funktion des Rückindossaments nicht gerechtfertigte Unbilligkeit.

ad 3. Supponirt wird im dritten Unzulässigkeitsfalle, daß ein an sich zur Kompensation geeigneter Fall vorliegt, also sowohl die Schuld an den

25) Ebenso könnte der Indossator D, wenn er eine Schuld an B hätte, anstatt sich zu regressiren, kompensiren.

26) Vgl. das Erkenntniß des Berl. Obertribunals v. 21. Februar 1857 (Striethorst Bd. 23 S. 321) und ebenso v. Sarwey, Hullmann; man muß dann wohl auch die Kompensation, im Falle der Acceptant der Gemeinschuldner war, gegenüber dem Trassanten ausschließen. Vgl. auch oben S. 103 und den Plenarbeschluß des ROHG. v. 25. Mai 1878 (Entsch. Bd. 24 S. 1).

27) Besonders im Fall mangelnder Annahme.

Gemeinschuldner, gegen welche kompensirt werden will, als auch die Forderung desjenigen, der kompensiren will, bereits vor der Konkurseröffnung sich bei dem Gläubiger vereinigt haben. Voraussetzung aber ist, daß der Forderungserwerb ein anfechtbarer war. Als Anfechtungsgrund erklärt das Gesetz die Kenntniß des Erwerbes von der bereits vorhandenen Zahlungseinstellung oder dem bereits vorliegenden Eröffnungsantrag. Im Grunde liegt die Bestimmung schon in §. 22 der KO.[28]); allein immerhin würden Zweifel und Bedenken möglich gewesen sein, und insbesondere wollte das Gesetz die Meinung ausschließen, als ob ein doloses Zusammenwirken des Kridars mit dem Schuldner, der zum Zwecke der Kompensation die Forderung erwirbt, nöthig wäre. Im Uebrigen kann auf die desfallsigen Erläuterungen (oben S. 316 ff.) verwiesen werden. Aus diesen ist auch ersichtlich, weshalb hier das Gesetz nur den Erwerb der Forderung durch ein Rechtsgeschäft oder eine sonstige Rechtshandlung als Voraussetzung der Unzulässigkeit nennt. Denn fand der Erwerb durch Universalsuccession statt, so kann der Umstand, daß der Erbe zur Zeit der Erbschaftsantretung die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag gekannt hat, die Kompensation nicht wohl ausschließen[29]).

b. (Die Vorschrift des §. 26 findet entsprechende Anwendung).

Der §. 26 der KO. verfügt, daß eine Anfechtung wegen Zahlungseinstellung oder Konkursantrag nur innerhalb von sechs Monaten erhoben werden kann. Die „entsprechende Anwendung" dieses Grundsatzes liegt also darin, daß Cessionen, welche früher als sechs Monate vor Eröffnung des Verfahrens stattgefunden haben, zur Kompensation geeignet sind, auch wenn die Zahlungseinstellung oder der Konkurseröffnungsantrag zu jener Zeit schon sich nachweisen ließen. Dies also wird durch die Erwähnung des §. 26 ausgedrückt. Ueber die Auslegung dieses Paragraphen siehe das Nähere oben S. 373 ff.

c. (Die Aufrechnung ist zulässig).

Das heißt: „die Aufrechnung mit Kenntniß von der Zahlungseinstel-

---

28) Denn der Erwerb einer zur Kompensation geeigneten Forderung ist ein Rechtsgeschäft, welches die übrigen Konkursgläubiger benachtheiligt. Freilich ist dies nicht ganz klar, wenn der Schuldner die Forderung nicht von dem Gemeinschuldner sondern von einem Dritten erwirbt. Abg. Hullmann wollte das Moment, daß das Geschäft für die Masse schädlich gewesen sein müsse, ausdrücklich betont wissen, sein Antrag wurde aber nicht angenommen (vgl. K. Prt. S. 46).

29) Es wäre denn, daß der Erblasser selbst schon bei dem Erwerbe in mala fide gewesen wäre; in analoger Anwendung des §. 33 Abs. 1 der KO. (vgl. oben S. 420) muß in solchem Falle die Aufrechnung unterbleiben.

lung oder von dem Eröffnungsantrag ist zulässig". Der betreffende Absatz bezieht sich nemlich nur auf Ziffer 3, nicht auch auf Ziff. 1 u. 2. Wenn also z. B. Jemand nach der Konkurseröffnung selbst die Forderung erworben hat, so nützt ihm der Umstand Nichts, daß er zur Uebernahme derselben verpflichtet war.

d. (zur Uebernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war).

„In der Regel wird in einem solchen Falle der Erwerber eine bedingte Regreßforderung gehabt haben, welche ihm das Deckungs- und Kompensationsrecht schon nach §. 47 sichert, indessen nicht immer und nicht nach allen Rechten" (Mot.). Es sind hier also jene Fälle gemeint, in denen zwar der äußere Rechtsakt, welcher die Forderung selbst begründet, erst später formell vollzogen, in denen aber die rechtliche Veranlassung zu dem Akte bereits früher existent geworden war. Z. B. A unterzeichnet am 1. Mai den Wechsel des B per aval; am 1. Juni, zu welcher Zeit B seine Zahlungen bereits eingestellt hatte, löst A den Wechsel ein und läßt ihn auf sich giriren. Hier ist also der Erwerb des Wechsels formell in der Zeit erfolgt, in welcher nach §. 48 Nr. 3 Abs. 1 kompensable Forderungen an und für sich nicht mehr erworben werden konnten; allein die Forderung war eigentlich eventuell schon bei der Avalzeichnung geboren und soferne damals der B noch solvent war, würde es offenbar unbillig sein, dem A aus seiner Handlung einen Vorwurf zu machen.

e. (Kenntniß hatte).

Auch in dem Ausnahmsfalle des letzten Absatzes wird auf Seite des Erwerbers bona fides vorausgesetzt; diese bona fides aber wird darin gefunden, daß der Erwerber — wenn auch nicht zur Zeit des Erwerbes — so doch zur Zeit der Handlung, welche die Veranlassung des späteren Erwerbes bildet, den Gegenpart für solvent erachtete. Während er aber, wie soeben bemerkt, das Vorhandensein einer Verpflichtung auf seiner Seite nachweisen muß, ist er vom Beweis der bona fides befreit, vielmehr obliegt der Nachweis einer mala fides dem Konkursverwalter[30]). „Denn es wäre unrichtig zu präsumiren, daß derjenige, welcher eine Forderung gegen den Gemeinschuldner erwirbt, dies in fraudulöser Absicht thue; einem solchen Erwerbe können vielmehr mancherlei nicht immer verwerfliche Motive unterliegen".

30) Abg. Hullmann wollte (K. Prl. S. 47) die Beweislast in Analogie mit §. 23 der KO. auf den Erwerber wälzen, wogegen Reg.-Rath Hagens unter Anführung des im Texte gegebenen Grundes auf § 7 und §. 42 als Analogie hinwies.

§. 49.

Regreßpflicht im Falle der Umgehung der Vorschrift des Gesetzes.

Die Bestimmung des §. 42 findet entsprechende Anwendung für den Fall, daß ein im Auslande wohnender Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine nach §. 48 unzulässige Aufrechnung mit der ihm abgetretenen Konkursforderung vornimmt.

I. E. §. 55; II. E. §. 49; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. Pr. O. —

Der Fall, welchen der §. 49 im Auge hat, ist folgender: Gesetzt, es besteht zwischen Deutschland und Portugal kein Jurisdiktionsvertrag und nach Portugiesischem Rechte steht dem Inländer unbeschränktes Kompensationsrecht gegen die Ausländer zu. Der Kaufmann A schuldet dem Fabrikanten B 1000 Mark, hat aber seinerseits von dem Kommissionär C in Lissabon 1000 Mark zu fordern. Am 1. Juni wird über A der Konkurs eröffnet und eine Ueberschuldung von 50 % deklarirt. Am 4. Juni cedirt B seine Forderung an C und dieser kompensirt dieselbe mit seiner Schuld an A. Wäre er Inländer, so hätte er nach §. 48 Nr. 2 dieses nicht gekonnt, weil er die Forderung gegen den Gemeinschuldner erst nach der Konkurseröffnung erworben hat. Durch die Aufrechnung entgehen daher der Masse die von C außerdem zu zahlenden 1000 Mark und sonach haftet B derselben für den Entgang [1]).

Die näheren Erläuterungen der mit §. 42 der KO. in den Voraussetzungen und dem Endzwecke identischen Vorschrift des §. 49 sind oben S. 540 ff. gegeben.

---

1) Ueber die Anwendbarkeit ausländischer Rechte vgl. die Präjudizien des ROHG. v. 25. Januar 1873 (Entscheid. Bd. IX S. 7) u. v. 7. September 1873 (Bd XVIII S. 8). Ueber Kollision inländischer Rechte vgl. Erk. v. 4. Juni 1873 (Bd. X S. 226).

Siebenter Titel.

Massegläubiger.

Jedes gerichtliche Verfahren verursacht Kosten, so auch das Konkursverfahren. Ferner muß, bevor der Zweck desselben, das Vermögen des Gemeinschuldners unter seine Gläubiger zu vertheilen, erreicht wird, in der Regel der Verwalter Namens und in Vertretung der Masse in mancherlei Beziehungen treten, aus denen sich Rechte und Verbindlichkeiten entwickeln. Zuweilen endlich ergeben sich thatsächliche Verhältnisse, durch welche Verpflichtungen entstehen, die aus der Masse als solche zu decken sind. *Gläubiger nun, deren Ansprüche und Forderungen nicht gegen den Gemeinschuldner selbst*[1], *sondern gegen dessen behufs der Vertheilung unter die Konkursgläubiger unter Verwaltung stehendes Vermögen gerichtet sind, heißen: Massegläubiger.* Je nachdem diese Massegläubiger ihre Ansprüche ableiten von Ausgaben, welche das Verfahren vor Gericht, die Herstellung und Verwaltung des schuldnerischen Vermögens und die einstweilige Fürsorge für den Schuldner und seine Familie veranlassen, oder aber aus Rechtsverhältnissen, in welche die Masse getreten ist, unterscheidet das Gesetz *Massekosten* und *Masseschulden*[2]).

Wer ist nun als Schuldner dem Massegläubiger gegenüber anzusehen? Keinenfalls der *Verwalter*. Denn obwohl er derjenige ist, welcher handelt, handelt er doch nicht im eigenen Namen, sondern nur als curator der Masse. Soferne also, was immerhin möglich ist, der Verwalter (z. B. wegen Nachlässigkeit) selbst haftbar wird für dasjenige, was in Vertretung der Masse geschehen ist und Verpflichtungen erzeugt hat, kann nicht mehr

---

1) Vgl. unten die nähere Erörterung dieses Punktes.

2) Die passive Seite hat also zwei Namen: impensae et debita, Massekosten und Masseschulden, die aktive nur einen; in den §§. 121, 159, 176 kommt dafür der Ausdruck: „Masseansprüche", vor, und wer Etwas an die Masse zu fordern hat, heißt: „Massegläubiger", vgl. K. Prt. S. 49.

von Massegläubigern gesprochen werden, sondern es liegt ein gewöhnliches Schuldverhältniß zwischen dem, der zu fordern hat, und dem A oder B oder C (wer eben zufällig Verwalter ist) vor. Aber auch die Konkursgläubiger sind nicht der dem Massegläubiger gegenüberstehende debitor. Freilich wenn man wie ehedem (vgl. oben S. 32 ff.) die Gesammtheit der Gläubiger als eine Art von juristischer Person, welche das Eigenthum der Masse überkommt, ansieht, wenn man eine „Gläubigerschaft" ein „corpus creditorum" annimmt, dann muß man auch dieses als das Subjekt der Verbindlichkeiten erachten und so kam es, daß im Gemeinen Rechte[3]), im Französischen und im Preußischen Rechte[4]) allgemein diese Anschauung vertreten ist. (Die wichtige Folge hievon war, daß bei Unzureichenheit der Masse die Konkursgläubiger pro rata ihrer Forderungen subsidär für Zahlung der Masseansprüche haftbar gemacht wurden[5]). Allein die Konkursgläubiger als Personen haben weder Eigenthum noch Vertretung der Masse, sie sind also auch nicht diejenigen, welche von dem Rechtsverhältnisse zu den Massegläubigern ergriffen werden. Ebenso ist es nicht der Gemeinschuldner[6]); denn

3) Schweppe a. a. O. S. 119; v. Bayer a. a. O. 146: „denn ihr Schuldner ist nicht der Cridar sondern das Corps der Konkurs-Gläubiger".

4) Vgl. die Citate in den Motiven zum I. E. Bd. I S. 311; nur ist zu berichtigen, daß der Satz der Motive des Pr. H. E.: „Massegläubiger (sind diejenigen), welche zu den Gläubigern des Gemeinschuldners in dem Verhältnisse des Gläubigers zum Schuldner stehen" nicht auf S. 407 sondern auf S. 405 zu finden ist.

5) Vgl. Bayer §. 50 und die Note zum Erk. des OAG. zu Dresden v. 18. April 1873 in Seufferts Archiv Bd. 30 S. 298.

6) Dies nehmen an Fitting §. 14 Note 2 und §. 25 Note 15, Hullmann S. 195, Mandry §. 28 Note 34 (S. 343), Petersen S. 242, Stieglitz S. 350 (obwohl er die Masse wie ich als Rechtssubjekt anerkennt), Sarwey S. 457, v. Wilmowski, S. (167) 265 und sie können sich allerdings hiefür auf einen Satz der Motive stützen, welcher lautet: „die Ansprüche der Massegläubiger sind Schulden des Gemeinschuldners". Nach dem K. Prt. S. 149 ist dieser Satz auch so gemeint gewesen, wie ihn die obigen Kommentatoren auslegen, welche daraus die unbeschränkte subsidiäre Haftung des Gemeinschuldners folgern. Man beruft sich für diese Ansicht auch auf ein reichsgerichtliches Erkenntniß vom 17. April 1880 (Entscheid. Bd. II S. 24), welches sagt: „Das für die Aktivmasse Erworbene und Erstrittene wird rechtlich dem Gemeinschuldner erworben und erstritten, wenn es auch zunächst dem Zwecke des Konkurses dienen soll. Nimmt der Verwalter in Ausübung seines Verwaltungsrechtes in Bezug auf die Aktivmasse Rechtshandlungen oder neue Rechtsgeschäfte vor, so treffen die Ergebnisse derselben, insbesondere auch die dadurch entstehenden Verbindlichkeiten, rechtlich als den Geschäftsherren den Gemeinschuldner, wenn sie auch zunächst aus der Masse zu bestreiten sind

der Ausbruch des Konkurses entzieht (vgl. oben S. 125 ff) demselben nicht die Rechtsfähigkeit, und auch nicht die Handlungsfähigkeit, der Verwalter ist also nicht sein Vertreter, auch nicht curator seines Vermögens, sondern Vertreter und curator desjenigen Vermögens, welches zur Befriedigung der Konkursgläubiger bestimmt ist.[6]) Unter diesen Umständen erübrigt nur die Annahme, daß es die Masse als solche in ihrer Eigenschaft als Befriedigungsobjekt der Konkursgläubiger, demnach als eine Art von „Zweckvermögen"[7]) ist, welche allein den Massegläubigern haftet. Folge hievon ist, daß im Falle der Unzureichenheit weder die Konkursgläubiger noch der Gemeinschuldner[8]) subsidiär zur Ergänzung herbeigezogen werden können, sondern daß der Ausfall

---

und der Verwalter sich verantwortlich macht, falls er für die Deckung oder Sicherung aus der Masse nicht Sorge getragen hat." Es ist indessen dieser Ausspruch nur nebenher ergangen (der Streitpunkt ist die Frage gewesen, wo der Wechselprotest zu erheben sei) und steht offenbar nicht im Einklange mit der oben (S. 252 Note 10) citirten ex professo ergangenen Auffassung der Masse als Rechtssubjekt. Daher kann ich — so sehr ich die Autorität unseres obersten Rechtshofes achte und so gerne ich mich ihr zu fügen bereit bin — meine Ansicht noch nicht aufgeben.

6) Die Unmöglichkeit, den Gemeinschuldner als den „Schuldner" der Massegläubiger anzusehen, ergibt sich sofort aus §. 51 Ziff. 3. Hier ist der Gemeinschuldner gerade selbst der Massegläubiger und doch soll er zugleich der Schuldner sein. Man will sich (vgl. die Ausführungen im Württembg. Archiv Bd. VI. S. 184) damit helfen, daß aus dem einfachen Schuldverhältniß ein „auf Freigebung eines aliquoten Theiles der Masse" gerichteter Vertrag gemacht wird. Ich frage aber jeden Praktiker, wenn der Konkursverwalter dem Gemeinschuldner gegen ein monatliches Honorar von 200 Mark die Oberaufsicht über die bisher von ihm betriebene und nun für Rechnung der Masse fortgeführte Oelfarbendruck-Anstalt überträgt, was liegt hier vor? Eine einfache Dienstmiethe oder die Freilassung der 4 %igen Rente eines Kapitals von 30,000 Mark aus der Masse auf die Dauer der vom Gemeinschuldner geführten Oberaufsicht? Wenn unter hundert befragten Personen mehr als eine sofort und ohne vorherige juristische Belehrung das letztere sagen, so will ich mich sofort in Betreff aller juristischen Begriffe in Konkurs erklären.

7) Diese Eigenschaft der Masse wird von Sarwey treffend hervorgehoben, obwohl auch er wie erwähnt die Verbindlichkeiten der Masse „vom Standpunkte des Gesetzes aus als Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners" erklärt.

8) Selbst wenn man den Gemeinschuldner als Subjekt der Verbindlichkeiten ansehen wollte, könnte er dies jedenfalls nur als „Gemeinschuldner" sein; da also nach Beendigung des Konkurses ein „Gemeinschuldner" nicht mehr existirt, so würde schon deshalb eine unbedingte Haftung des früheren Gemeinschuldners ausgeschlossen bleiben. Vgl. auch Schultze's Aufstellungen unten bei §. 53 lit. g.

eben, wie auch sonst, wenn ein Vermögen in Konkurs kommt und nicht reicht, ungedeckt bleibt[9]).

Der siebente Titel, welcher nur aus 4 Paragraphen besteht, gliedert sich einfach, indem in §. 50 das allgemeine Prinzip aufgestellt, in §. 51 die Massekosten, in §. 52 die Masseschulden erörtert und endlich in §. 53 der Fall geordnet wird, wenn etwa die Masse zur Befriedigung der sämmtlichen Ansprüche nicht hinreicht.

---

§. 50.

Aus der Konkursmasse sind die Massekosten und Masseschulden vorweg zu berichtigen.

I. E. §. 56; II. E. §. 50; Pr. H. E. Art. 731; Pr. KO. §. 31; B. P. O. Art. 1294.

I. Nach dem allgemeinen Grundsatze: „bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno“ kann zur Vertheilung unter die Gläubiger des Gemeinschuldners nur dasjenige Vermögen gelangen, welches die reine Masse bildet, das heißt dasjenige, was übrig bleibt, wenn die Masse die ihr selbst obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt hat[1]). Es hat daher — wie die Motive[2]) bemerken — nie ein Zweifel darüber bestanden, daß die Masseschulden vor der Vertheilung der Masse von dieser vorweg in Abzug zu bringen seien. Ebenso war gemeinrechtlich[3]) der Vorabzug der Massekosten als einer Last der Masse anerkannt. Dieser Grundsatz wird denn auch in der KO. im vorstehenden Paragraphen anerkannt. Ein nothwendiger Folgesatz hievon ist, daß Massegläubiger — sei es das Gericht für die Kosten, der Verwalter für seine Auslagen, oder sonstige Berechtigte für ihre Ansprüche — sich am Konkursverfahren nicht zu betheiligen haben, daß sie

---

9) Vgl. über die Beschränkungen dieses Satzes die Erläuterungen zu §. 53.

1) Dies setzt freilich meine in der Einleitung erörterte Begriffsbestimmung voraus. Denn sind die Masseschulden Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, so läßt sich dafür, daß diese später entstandenen Gläubiger des Gemeinschuldners den früheren Gläubigern desselben vorgehen, irgend ein zwingender Grund nicht finden.

2) Zum I. E. Bd. I S. 312, z. II. E. S. 240.

3) Anders nach den Partikularrechten, nach denen man theils die Kosten pro rata von den einzelnen Gläubigern erhob, theils ihnen nur ein Vorzugsrecht in der ersten Klasse gewährte.

nicht an die Anmeldefristen gebunden sind, im Prüfungstermine nicht erscheinen müssen und nicht auf die Vertheilungen zu warten genöthigt erscheinen.

II. Es frägt sich nun: 1) wer hat die Berichtigung vorzunehmen und 2) wann kann sie verlangt werden?

ad 1. Nach den allgemeinen Grundsätzen der KO. kann wohl kein Zweifel bestehen, daß der Verwalter derjenige ist, welcher die Massegläubiger zu befriedigen hat. Er hat die Masse zu verwalten und also auch deren Verbindlichkeiten zu berichtigen. Nun gehört aber er selbst für seine Auslagen, sein Honorar u. s. w. gleichfalls zu diesen Masse-Gläubigern. Selbstverständlich kann er daher auch sich selbst bezahlen, das heißt, er kann seine Ausstände aus der Masse nehmen. Indessen setzt dies natürlich voraus, daß die Ansprüche schon feststehen und fällig sind. Der Verwalter kann also nicht etwa für sein Honorar, ehe es festgesetzt ist, ein Aversum voraus wegnehmen, er kann auch nicht für Auslagen, welche nur in Aussicht stehen, das Geld bereits an sich selbst effektiv verabfolgen[4]). Dagegen steht dem Verwalter immerhin die Befugniß zu[5]), für alle Masseansprüche (also auch für die seinigen) den Konkursgläubigern gegenüber Gelder zu reserviren[6]).

ad 2. Die Massegläubiger sind berechtigt, jeder für sich, ohne Rücksicht auf die anderen, zu jeder Zeit ihre Zahlung zu verlangen. Vorausgesetzt natürlich, daß die Verbindlichkeit fällig ist, muß der Verwalter sie erfüllen[7]); unterläßt er dies, so kann gegen ihn auch während des Konkurses geklagt und mit Zwangsvollstreckung vorgegangen werden[8]). Die Grenze, bis wann die Masseansprüche Berichtigung verlangen können, gibt der §. 159 der KO.

---

4) Das heißt praktisch: solche Vorwegnahmen gelten im Falle einer Unzureichenheit der Masse nicht als bereits erfolgte Zahlungen, welche (vgl. zu §. 53) nicht mehr kondizirt werden könnten. Vielmehr muß sie der Verwalter refundiren.

5) Vgl. Abth. II zu 139 und 159.

6) Ich bediene mich absichtlich des Fremdwortes, weil das deutsche „zurückbehalten" die Nebenbedeutung eines „für sich Behaltens" hat, was dem Verwalter nicht zusteht; er kann nur „nicht-Ausgeben", das heißt in der Kasse zurückhalten.

7) Die Pr. KO. hatte in §. 45 die Bestimmung: „die Ansprüche der Massegläubiger sind unabhängig von dem im Konkurse stattfindenden Anmeldungs- und Vertheilungsverfahren geltend zu machen und zu befriedigen. Die Befriedigung erfolgt, sobald die Ansprüche feststehen und fällig sind." Die Motive erklären diese Vorschrift für selbstverständlich und daher überflüssig.

8) Der §. 10 der KO. verbietet nur den „Konkursgläubigern" das selbständige Vorgehen. Motive zum II. E. S. 248.

III. Eine besondere Erörterung erfordert noch die Frage, wie es sich hinsichtlich der Befriedigung der Massegläubiger verhält, wenn verschiedene Massen vorhanden sind. Die Pr. KO. bestimmte in §. 40: „Von der gemeinschaftlichen Konkursmasse, sowie von jeder abgesonderten Masse sind die in Bezug auf dieselben entstandenen Kommunkosten in Abzug zu bringen." Eine ähnliche Fassung hatte §. 56 des I. E. beibehalten. Die KO. kennt indessen den Begriff der „Sondermasse" nicht, konnte daher auch diese oder eine ähnliche Bestimmung nicht bringen. Daraus folgt aber natürlich keineswegs, daß der jener vorerwähnten Vorschrift zu Grunde liegende Satz nicht auch nach der KO. gelte. Vielmehr ist es eine aus den Worten des §. 50, „Massekosten und Masseschulden" sich ergebende Folgerung, daß die Konkursmasse nur für solche Kosten und Schulden haftet, welche Kosten und Schulden der eigentlichen Konkursmasse sind, und zwar der bezüglichen Konkursmasse. Wenn z. B. der Rittergutsbesitzer Achenfels zugleich Fideikommißinhaber von Binnendorf ist und es wird über sein Vermögen der Konkurs eröffnet, zugleich beantragen und erwirken auch die Fideikommißgläubiger die Vergantung von Binnendorf, so können aus der allgemeinen Vermögensmasse nur die auf dieser haftenden Kosten und Lasten, nicht aber etwa — wenn z. B. die Fideikommißmasse zur Bestreitung der Kosten des desfallsigen Gantverfahrens nicht hinreicht — die ungedeckten Kosten der Fideikommißgant entnommen werden. Außer diesen und einigen anderen derartigen Fällen (z. B. bei Gesellschaften) kommen solche nebeneinanderlaufende Konkurs-Verfahren und nebeneinanderstehende Massen nicht vor. Denn die bloße Absonderung führt nach der KO. nicht hiezu; die Absonderung wird nach §. 3 Abs. 2 außerhalb des Konkursverfahrens betrieben; die erwachsenden Kosten sind also an sich keine Konkurskosten und soweit ein Objekt nicht in die Konkursmasse gezogen wird, sind die auf demselben ruhenden Lasten keine Masseschulden. Gesetzt also, die Realgläubiger des im Konkurs befindlichen Kaufmanns Albert, welcher ein Haus besitzt, betreiben für sich und abgesondert die Zwangsversteigerung des Hauses, so werden allerdings die auf dem Hause ruhenden Abgaben u. s. w. und ebenso die Kosten der Zwangsversteigerung nicht aus der Konkursmasse bezahlt; allein dies folgt schon daraus, daß eben die Konkursmasse mit diesem Hause und seiner Zwangsvollstreckung vorerst[9]) Nichts zu thun hat, daß diese Zwangsvollstreckung ein abgesondertes Verfahren bleibt. Ein solches bleibt sie auch alsdann, wenn es der Verwalter ist, welcher sie betreibt (§§. 116 und 117 der KO.), und es kann daher auch in diesem Falle nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß die Kosten und Lasten vor jeder Vertheilung an

9) Erst nemlich, wenn etwas übrig bleibt, kommt dies in die Masse.

die Absonderungsberechtigten abgehen und, wenn der Erlös nicht reicht, diese Berechtigten weniger bekommen, nicht aber etwa die Konkursmasse einzutreten hat. Dies wäre nur dann denkbar, wenn der Erlös einer auf Antrag des Konkursverwalters versteigerten Sache nicht einmal die Kosten[10]) decken würde. In diesem Falle[11]) haftet allerdings die Konkursmasse, aber nur, weil die Handlung des Verwalters, für welche sie einstehen muß, die Kosten veranlaßt hat[12]).

Im Uebrigen darf hinwiederum innerhalb der einen Konkursmasse auch nicht nach Objekten ausgeschieden werden. Wenn zur Masse ein Haus, ein Landgut und ein Ladengeschäft gehören, so ruhen die Lasten auf der gesammten Masse, ob sie vom Hause, vom Landgute oder vom Ladengeschäfte herrühren; es ist ebensowenig ein Unterschied zu machen und es sind ebensowenig besondere „Massen" anzulegen, als man annehmen kann, es müßten, wenn beim Gemeinschuldner zwei Pferde und vier Kühe vorgefunden werden, der Haber, den die Pferde fressen, aus dem für die Pferde erzielten Erlös, der von den Kühen verzehrte Klee aber aus dem Erlös für die Kühe bezahlt werden. Die Ausgaben werden eben aus der Masse entnommen, und die Erlöse fließen in die Masse.

IV. Wie verhält es sich, wenn die Masse zur Berichtigung nicht ausreicht, hinsichtlich der ungedeckten Verpflichtungen? Es ist bereits in der Einleitung erörtert worden, daß man von Seite der meisten Kommentatoren[13]), gestützt auf die bei der Verhandlung in der Kommission gefallene Aeußerung des Regierungsvertreters, den Gemeinschuldner unbedingt zur Zahlung des Ausfalles verpflichtet erklärt. Die Frage, ob sich präkludirte Massegläubiger nach Beendigung des Verfahrens an den Gemeinschuldner halten können, wurde nämlich[13]) von Dr. von Sarwey bei Berathung des §. 159 der KO.

---

10) Bei den Lasten trifft dies nicht zu; wenn z. B. der Konkursverwalter die Zwangsvollstreckung eines Immobile betreibt und der Erlös reicht nicht zur Deckung der Kosten und der laufenden Abgaben, so muß der Fiskus sich für den Abgaben-Ausfall als Konkursgläubiger melden, Massegläubiger ist er nicht.

11) Der aber wohl nicht leicht vorkommen wird.

12) Es kann vorkommen, sagen die Motive, daß Kosten oder Schulden mehrere Objekte gemeinsam treffen, z. B. Arbeitslöhne, Miethzinsen u. s. w. In diesem Falle muß eine Repartition eintreten, welche sich aber nach den Thatumständen richtet. Eine gesetzliche Vermuthung, daß im Zweifel, ob solche Kosten auf die gemeinschaftliche oder auf eine besondere Masse sich beziehen, anzunehmen sei, sie treffen die gemeinschaftliche Masse (wie dies die Oestr. KO. vorschreibt), hat die KO. nicht aufgestellt.

13) K. Prt. S. 209.

angeregt. Regierungsrath Hagens bemerkte hierauf: es handle sich vorwiegend um die in §. 52 Ziff. 1 der KO. aufgeführten Ansprüche, nämlich um diejenigen, welche aus Geschäften und Handlungen des Konkursverwalters entstanden sind. Nun sei aber der Gemeinschuldner Eigenthümer der Konkursmasse (auch während der Dauer des Konkurs-Verfahrens) geblieben; der Konkursverwalter übe nach §. 5 Abs. 2 der KO. das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners aus. „Soweit durch diese Ausübung Erwerbungen und Verpflichtungen entspringen, treffen dieselben daher allgemein, ohne Beschränkung auf den Umfang der Konkursmasse, den Gemeinschuldner.“ Es kann aber ohngeachtet der Richtigkeit des allgemeinen Prinzipes (daß der Eigenthümer der Masse während des Verfahrens nicht vom Gemeinschuldner auf Jemand Andern übergeht) dennoch die Folgerung nicht in solch weitgehender Weise gezogen werden. Denn, wenn wirklich alle vom Verwalter gemachten Erwerbungen unbeschränkt dem Gemeinschuldner erworben würden, so müßten dieselben in Folge der Unangreifbarkeit alles vom Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkurses gemachten neuen Erwerbes auch sofort zur Verfügung desselben stehen. Das ist indessen nicht der Fall; der Konkursverwalter erwirbt vor Allem der Masse und für die Masse; der Gemeinschuldner kommt nur eventuell in Betracht. Ich habe a. a. O. daher schon erklärt, daß ich eine unbeschränkte Haftung des Gemeinschuldners nicht annehmen kann, daß ich insbesondere die Masseschulden keineswegs als persönliche Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners erachte[14]), jedenfalls nicht als primäre, wenn auch unter Umständen der eventuelle Rückgriff auf denselben zulässig sein wird. Dieses vor Allem, wenn der Gemeinschuldner die Masse nach Beendigung des Verfahrens übernimmt, denn dann überkommt er sie cum suis oneribus. Ferner dann, wenn das Rechtsverhältniß, aus welchem die Verpflichtung hervorgeht, an

---

14) Ich stimme daher, wenn auch materiell, doch nicht ganz formell mit Schultze S. 46 und 47 überein. Derselbe argumentirt in folgender scharfsinniger, aber etwas gewagter Weise: „Der Gemeinschuldner wird durch die Handlungen und Erklärungen des Verwalters zwar persönlich verpflichtet; aber der Umfang dieser persönlichen Verpflichtung aus den Handlungen und Erklärungen seines Stellvertreters bestimmt sich durch den Umfang seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens. Es ist eine persönliche Verpflichtung begrenzt durch die zufällige Größe oder den zufälligen Werth der Sache. — Es ergiebt sich daraus für die vom Verwalter behufs Verwaltung und Verwerthung der Theilungsmasse vorgenommenen Rechtshandlungen: die aus denselben entstehenden Verbindlichkeiten (Massekosten und Masseschulden) sind persönliche Schulden des Gemeinschuldners mit einer durch den Umfang seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens begrenzten Haftungspflicht.“

die Person des Gemeinschuldners geknüpft ist. Bei den Kosten ist dies z. B. immer der Fall; denn das Konkursverfahren erscheint als durch die Zahlungsunfähigkeit des Kridars veranlaßt, der Kridar ist also allerdings persönlich für dieselben verhaftet. Wenn aber z. B. der Verwalter mit Zustimmung des Ausschusses die Zuckerfabrik des in Konkurs verfallenen Baron Achenfels, der zugleich Fideicommißbesitzer von Binnenfeld ist, fortbetreibt, bei diesem Fortbetriebe unglücklich spekulirt und die Masse in Folge hievon nicht hinreicht, die angekauften Vorräthe zu bezahlen, so werden sich nach Beendigung des Konkurses die Verkäufer sicher nicht an die Fideicommißrevenuen von Binnenfeld halten können. Denn hier hat ja der Besitzer des Fideikommisses keinerlei rechtliche Beziehung zu den Verkäufern gehabt und man kann auch von einer „Verschuldung" seinerseits nicht wohl reden[15]). Der Verwalter hat im Fortbetriebe des Geschäftes durchaus nicht im Interesse des Gemeinschuldners für seine Person, nicht einmal in seiner Vertretung gehandelt. Er hat den Gemeinschuldner nur in Bezug auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen vertreten und weiter kann sich daher auch die Haftung desselben nicht erstrecken[16]).

---

§. 51.

Massekosten.

Massekosten sind:

1) die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren[a]);
2) die Ausgaben für die Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse[b]);
3) die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung[c]):

I. E. §. 57; II. E. §. 51; Pr. H. E. Art. 732; Pr. KO. §. 41; Bay. Prior.-O. §. 31.

a. (die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren).

Zum Begriffe der ersten Kategorie der Massekosten (sumtus processus)

---

15) Wie dies v. Wilmowski S. 265 annimmt. Er sagt: „die Insolvenz veranlaßte die Nothwendigkeit und Thätigkeit eines Verwalters, sowie das Verfahren in jeder Beziehung, also auch die Ermöglichung aller Masseschulden." Allein, wer die bloße Möglichkeit einer Handlung veranlaßt, hat noch nicht die konkrete Handlung verschuldet. Der Kridar ist zwar allerdings daran Schuld, daß ein Verwalter aufgestellt werden muß, aber wie der Verwalter im Einzelnen handelt, darauf hat er keinerlei Einfluß, dafür haftet er also auch nicht.

16) Uebrigens wird der Fall wohl selten praktisch werden.

wird zweierlei erfordert: es müssen gerichtliche Kosten sein und sie müssen für das gemeinschaftliche Verfahren erwachsen. Kosten also, welche einem Gläubiger, wenn auch im gemeinschaftlichen Verfahren, an außergerichtlichen Kosten erwachsen, sind nicht Massekosten; z. B. die Gebühren seines Anwaltes, das Honorar des Bevollmächtigten, die er zu seiner Vertretung beauftragt, seine Reisekosten an den Sitz des Konkursgerichtes u. s. w.[1]). Sie müssen ferner im gemeinschaftlichen Verfahren sich ergeben. Dahin gehören außer der eigentlichen im Gerichtskostengesetze normirten Gebühr (wie die Pr. KO. spezifizirt und die Motive[2]) ergänzen): die Kosten für das die Eröffnung des Konkurses herbeiführende Verfahren (da diese in Folge der Konkurseröffnung rückwirkend den Charakter einer Aufwendung im gemeinschaftlichen Interesse annehmen), die gerichtlichen Kosten, welche für Ermittlung, Sicherstellung, Feststellung, Einziehung und Verwerthung der Aktivmasse nothwendig sind, die Kosten der Verhaftung des Gemeinschuldners[3]), des offenen Arrestes, der Eintragung von Sperrvormerkungen in den öffentlichen Büchern, der Siegelung, der Inventur, der angeordneten Vernehmungen u. s. w., ferner die Kosten, welche durch das gemeinschaftliche Verfahren zur Ermittlung der Anrechte der Gläubiger und zur Feststellung der Passivmasse bedingt werden[4]), sowie die gerichtlichen Kosten, welche durch die Vertheilung der Masse und die Beendigung und Aufhebung des Verfahrens entstehen, endlich die Kosten der allgemeinen, den Gang des Verfahrens bestimmenden Termine, des Wahl- des Prüfungs-, des Schlußtermines[5]).

Auszuscheiden hievon sind aber alle Kosten, welche einzelne Gläubiger

---

1) Hiefür kann er sich an den Gemeinschuldner halten, aber nur als Konkursgläubiger, vgl. §. 56 Ziff. 2 der KO. Ebenso Stieglitz S. 463. Anderer Ansicht Fitting §. 14 Note 3 und §. 35 Note 36 auf Grund des §. 87 Abs. 2 der Civ.-Pr.-O. Ausführlich wird die Frage behandelt von Tränkner in der Busch'schen Zeitschrift für Civilprozeß Bd. VII S. 80 ff. und schließlich im obigen Sinn entschieden.

2) Zum II. E. S. 243. Indessen beruht diese Aufzählung noch auf der früheren Art, die Gerichtskosten zu erheben.

4) Vgl. Abth. II. Zu §. 93.

3) Die Kosten für die besonderen Prüfungstermine (§. 54 des Gerichtskostengesetzes) gehören in Gemäßheit der KO. §. 130 nicht zu den gemeinschaftlichen Kosten, sondern sind von den Säumigen zu zahlen und zwar nach §. 82 Ziff. 2 vorschußweise bei der verspäteten Anmeldung.

5) Das heißt die gerichtlichen Gebühren hiefür, die Diäten des Richters und Schreibers, auch Entschädigung der Zeugen und Sachverständigen u. dgl., nicht aber die den Gläubigern wegen solcher Termine erwachsenden Auslagen für Reisen u. s. w. (Siehe Note 1.)

(wenn auch im gemeinschaftlichen Verfahren) für sich selbst und nicht (wie es im Gesetzestexte heißt) für das gemeinschaftliche Verfahren verursachen, z. B. durch ungerechtfertigte Anträge u. s. w. Ebenso die Kosten, welche im Prozeß auf Feststellung einer Forderung entstehen[6]).

Es läßt sich fragen, gehört das Zwangsvergleichsverfahren zu dem gemeinschaftlichen Verfahren? Die Motive (a. a. O. S. 242) verneinen dies; bisher war es allerdings nicht zweifelhaft, daß auch dieses Verfahren einen Theil des Konkursverfahrens bilde, und es wäre auch[7]), nachdem die KO. den Zwangsvergleich überall als „ordnungsgemäßen Ausgang des Verfahrens" betrachtet, ein innerer Grund für die Ausschließung nicht vorhanden. Nach dem Gesetze über die Gerichtskosten vom 18. Juni 1878 ist die Sache meines Erachtens auch sehr einfach zu entscheiden. Kommt der Akkord zu Stande, so ist nach §. 51 Ziff. 2 des Gerichtskostengesetzes 1, 8 die volle Gebühr zu entrichten. Daß diese, falls ein Konkursgläubiger bei der Eröffnung den Kostenvorschuß geleistet hat, nicht diesem Gläubiger zur Last fallen kann, ist wohl klar. Dieselbe ist jedenfalls aus der Masse, bevor sie (§. 177 der KO.) dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung zurückgegeben wird, zu entnehmen. Wird aber der Antrag verworfen, so erwächst überhaupt keine Gebühr. Es kann sich demnach nur um die Frage handeln, wer zahlt die Kosten, welche z. B. an Diäten der Ausschußmitglieder, (§. 164), Veröffentlichung des Vergleichstermins und Ladung der Gläubiger (§. 166) u. dgl. erlaufen. Da in §. 82 des Gerichtskostengesetzes für diesen Fall eine Pflicht zur Vorschußleistung nicht besteht[8]), so werden wohl diese Kosten eben wie alle sonstigen im Verfahren erwachsenden zu behandeln sein[9]).

II. Nach §. 75 Ziff. 1 des Gerichtskostengesetzes hat der Antragsteller bei dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens einen Kostenvorschuß zu leisten. Ist der Antragsteller ein Gläubiger, so muß ihm dieser Vorschuß aus der Masse wieder ersetzt werden. Ist aber der Gemeinschuldner derjenige, welcher den Konkurs beantragt, so kann er natürlich einen Ersatz nicht verlangen, denn seine sämmtlichen paraten Mittel, also auch der Vorschuß gehört ja ohnehin zur Masse. Wenn nun aber ein Dritter den Vor-

---

6) Diese fallen dem unterliegenden Theile zur Last. Ist der Verwalter unterliegender Theil, so sind die Kosten nicht Massekosten (wie die Pr. KO. §. 236 festgesetzt), sondern Masseschulden nach §. 52 Ziff. 1.

7) Wie Fitting §. 14 Note 5 mit Recht bemerkt.

8) Wie v. Wilmowski S. 267 annimmt.

9) Vgl. auch Petersen S. 246 Note 1.

schuß geleistet hat? Ich habe die Ansicht vertheidigt[10]), daß durch diese Handlung der Dritte einen Anspruch gegen die Masse erwirbt. Indessen gebe ich zu, daß dies sehr bestreitbar ist. Denn im Momente, wo der Vorschuß geleistet wird, besteht allerdings noch keine Masse[11]). Und auch die Fiktion: in dem Gemeinschuldner, welcher vom Dritten das Geld zum Behufe der Vorschußleistung empfangen hat, den „Empfangsvertreter der Masse" zu sehen, ist etwas gewagt. Materiell billig bleibt freilich meine Aufstellung und es wird bei der entgegengesetzten, wonach der Dritte Konkursgläubiger wird, leicht dem zahlungsunfähigen und parater Mittel beraubten Gemeinschuldner die Antragstellung häufig unmöglich gemacht werden.

b. (die Ausgaben für die Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse).

Unter dieser Ziffer führt das Gesetz die außergerichtlichen Ausgaben für Realisirung des Verfahrens, die sog. sumtus oeconomici auf. Hiezu gehören vor Allem die Gebühren und die Auslagen (Porti, Inserationsgebühren u. s. w.) des Verwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses. Hinsichtlich der eigentlichen Verwaltungs- und Wirthschaftsunkosten wird meines Erachtens zu unterscheiden sein: Arbeits- und Gesindelöhne, Miethzinse, Versicherungsprämien und dergleichen sind als auf einem Obligationsverhältnisse zwischen den Forderungsberechtigten und der Masse beruhend unter §. 52 zu subsumiren[12]). Hat aber der Verwalter diese Unkosten selbst bestritten und begehrt deren Rückersatz, so sind sie allerdings „Ausgaben für die Verwaltung der Masse[13]). „Ebenso würden Gebühren eines für Vertretung der Masse aufgestellten Anwaltes hieher zu rechnen sein.

Die Motive zählen hieher ferner noch die auf Grundstücken haftenden öffentlichen und gemeinen Abgaben[14]), also alle Grundsteuern (Staatsabgaben, Kreis-, Distrikts- und Gemeindeumlagen auf den Immobilien), Leistungen zu Brückenbau und Wegebauten, Kirchen- und Pfarrbauten, die Deichlasten, Schul- und Ortsarmenabgaben[15]) und dergleichen dingliche Lasten, insofern sie Leistungen für die Zeit des Verfahrens betreffen[16]). Allein der hiefür angeführte Grund, daß „ohne sie der belastete Vermögenstheil sich nicht benutzen und verwerthen lasse," ist nicht richtig. Nichtentrichtung solcher Lasten bewirkt im Besitze, in der Benützung und in der Veräußerung keinerlei Hinder-

10) Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. II. S. 180.

11) Wie v. Wilmowski S. 269 sehr mit Recht gegen mich einwendet.

12) Die Motive sind darin etwas weitergehend.

13) Man könnte sie in diesem Falle indessen auch als Forderungen aus einer negotiorium gestio ansehen.

14) Ebenso Fitting S. 131, Petersen S. 248 Note 2.

15) Diejenigen, welche auf den Immobilien selbst ruhen.

16) Die Rückstände fallen unter die Konkursforderungen §. 54 Ziff. 2.

niß; sie gewährt nur dem Berechtigten die Befugniß zur Klage, zur Pfändung, zum Zwangsverkaufe. Aber zu all diesem letzeren kommt es auch dann, wenn der Miethzins, der Pachtschilling, der Dienstlohn u. s. w. nicht gezahlt wird. Sonach ist meines Dafürhaltens zu argumentiren: die fraglichen Abgaben lasten auf der Masse nicht in Folge der Verwaltung der Masse im engeren Sinne (denn die Verwaltung kann als solche ohne den Besitz dieser Immobilien sehr wohl gedacht werden), sondern in Folge einer „Handlung des Verwalters," nämlich in Folge des Umstandes, daß der Verwalter die Immobilien in Besitz behält und nicht sofort veräußert; folglich fallen sie unter §. 52 Ziff. 1 der KO. und sind nicht Kosten, sondern Schulden der Masse, gehen also im Falle der Insuffizienz vor[17]).

„Persönliche Steuern — sagen die Motive — sind weder Massekosten noch Masseschulden". Dies ist richtig, wenn der Ausdruck „persönliche Steuer" im engsten Sinne genommen wird. Die Einkommensteuer z. B. wird allerdings nicht die Masse, sondern immer der Gemeinschuldner zahlen müssen[18]). Bei der Kapitalsteuer ist es schon anders[19]). Der Art. 5 des Bayr. Gesetzes v. 31. Mai 1856 bestimmt, daß zur Entrichtung der Steuer verpflichtet ist, wer sich im „thatsächlichen" Bezuge der betreffenden Rente befindet; in diesem steht, solange die Masse unvertheilt ist, diese selbst; also muß auch eine anfallende Kapitalsteuer von ihr bezahlt werden. Und zwar ist dies eine Folge der Verwaltung und eine Last der Verwaltung, demnach rechne ich diese Steuer allerdings unter die Massekosten. Ebenso die Einquartirungslasten[20]), insoferne dieselben entweder auf einzelnen zur Masse gehörigen Objekten als Reallast ruhen oder das unvertheilte Vermögen als solches treffen. Wo aber die Einquartirungslast, wie dies z. B. in Bayern der Fall ist[21]), nur als eine an der allgemeinen Steuerpflicht haftende Umlage erscheint, bleibt natürlich die Pflicht zur Tragung an die Person

---

17) Oder, praktisch ausgedrückt, ich sehe keinen Grund, weshalb bei Unzureichenheit der Masse der Staat, die Gemeinde u. s. w. mit ihren auf der Sache selbst ruhenden Ansprüchen hinter dem Vermiether, dem Verpächter u. s. w zurückstehen sollten. Und nach §. 53 käme es dazu, wenn man diese Abgaben als „Massekosten" und nicht als „Masseschulden" erklären würde.

18) Und zwar auch von demjenigen Theile seines Einkommens, welches gesetzlich zur Masse gezogen werden kann.

19) Ich spreche hier speziell von Bayern

20) So entschied das Berl. Obertrib. in einem bei Striethorst (Bd. 81 S. 175) abgedruckten Erkenntnisse.

21) Nach dem Gesetze vom 25. Juli 1850 (Ges.-Blatt v. 1849 S. 281 ff.). Vgl. z. B. Art. 10 und 11.

des Gemeinschuldners gebunden, und braucht die Masse sie nicht zu übernehmen[22]).

e. (die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung).

I. Der Nachdruck für Auslegung dieses Satzes liegt auf dem Worte „bewilligte Unterstützung.“ Es ist somit nur jene Unterstützung als zu den Massekosten gehörig anzusehen (und nach §. 53 der KO. zuletzt zu berichtigen), welche nach §. 118 vom Verwalter und nach §. 120 von der Gläubigerversammlung dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligt ist[23]). Der Unterhalt, welchen der Gemeinschuldner nach §. 1 Abs. 2 der KO. „beanspruchen“ kann, gehört nicht hieher, denn bei diesem haben die Gläubiger nicht die Bewilligung überhaupt zu gewähren oder zu versagen, sondern nur die Höhe festzusetzen. Die Motive (zum I. E. Bd. I S. 317) bemerken, dieser gehöre überhaupt nicht zur Konkursmasse, müsse also im Wege der Aussonderung beansprucht werden; wie früher ausgeführt[24]), ist dies aber nach der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes nicht mehr richtig; vielmehr die Pflicht zur Ausfolgung des dem Gemeinschuldner zufallenden Quantums als Masseschuld (vgl. §. 52 Ziff. 3) zu erachten.

II. Die Kosten für das Begräbniß eines während des Konkurses verstorbenen Gemeinschuldners genossen bisher stets einer gewissen Berücksichtigung. Gemeinrechtlich[25]) (wenn auch nicht unbestritten) rechnet man diese Ausgabe zu den Massekosten; nach der Bayer. Prioritäts-Ordnung §. 12 Nr. 1 stehen sie in der ersten Klasse der Konkursgläubiger. Die Motive (a. a. O. S. 317) sagen: „Weder Gründe des Rechts noch der Moral sind durchschlagend für eine Berücksichtigung. Der Zweck und die Durchführung des Konkursverfahrens stehen mit der Beerdigung des Kribars in keinem rechtlichen Zusammenhang und kein Grund trifft zu, sie als eine Masseschuld anzuerkennen.“ Dieses ist nun wohl richtig; an und für sich ist die Ausgabe für Beerdigung unter keine der Ziffern des §. 52 zu subsumiren. Allein die Zahlung der Begräbnißkosten ist nach allgemeinen Grundsätzen der Schlußpunkt der Alimentation und in der Alimentations-Pflicht liegt daher die Pflicht, für Beerdigung zu sorgen, eigentlich schon mitbegriffen[26]). Die

22) Es mindert sich eben in Folge der Vermögensentziehung die Steuerpflicht des Gemeinschuldners und damit die Umlage für Einquartirung entsprechend.

23) Ebenso v. Sarwey S. 464. Stieglitz S. 356. Hullmann S. 97. Meisner S. 215. v. Wilmowski S. 276.

24) Siehe oben S. 82. A. A. Fitting §. 14 Note 14, welcher auch den nach §. 1 Abs. 2 der KO. vom Gemeinschuldner zu beanspruchenden Unterhalt zu den Massekosten rechnet.

25) Schweppe a. a. O. S. 76; v. Bayer a. a. O. S. 147.

26) Nach Römischem Rechte (vgl. Windscheid Bd. II S. 566) war die Beer-

Armenpflege eintreten zu lassen, wenn ein „Unterhalt" da ist, scheint mir unbillig, und die Gläubiger hätten ja den Gemeinschuldner doch ernähren müssen, wenn er nicht gestorben wäre. Ich glaube daher, daß, wenn die Gläubiger (oder der Verwalter provisorisch) einen Unterhalt bewilligt haben, dieser auch zur Bestreitung der Begräbnißkosten herangezogen werden kann[27]) und daß unter denselben Voraussetzungen, wie die Ernährung der Lebenden, unter Umständen nach §. 118 und 120 der KO. auch die Beerdigungskosten verlangt werden können, bzhw. daß der Verwalter für die während des Konkurses anfallende Beerdigung des Gemeinschuldners[28]) zu sorgen hat[29]). Vorausgesetzt wird natürlich, daß absolut andere Mittel nicht vorhanden sind[30]) und daß sich die Kosten auf das Nothbürftigste beschränken[31]). Die Gläubiger sind auch überhaupt, wie beim eigentlichen Unterhalte, nicht

---

digungspflicht als Regel solchen überwiesen, welche Vermögen vom Defunkten erhielten [cf. fr. 12 §. 4; 14 §. 1; 15 D. de relig. (11, 7)]; auch dieser Grund trifft für die Gläubiger zu.

27) Praktisch stellt sich also das Verhältniß so:

Gesetzt, dem in Konkurs gefallenen Privatier Adam ist von der Gläubigerversammlung für sich und seine Familie monatlich eine (je am ersten zu zahlende) Unterstützung von 100 Mark zugebilligt; am 15. Juni geht derselbe mit Tod ab. Natürlich erhebt dann am 1. Juli die Wittwe die 100 Mark und zahlt davon die Beerdigungskosten. Ebenso ist es, wenn der Gemeinschuldner Adam ohne Familie ist; in diesem Falle bestreitet man das Begräbniß aus dem sich vorfindenden Geldreste und aus den weiter anfallenden Unterstützungsquoten, die so lange fortlaufen, als das Bedürfniß besteht. Wenn nun aber dem Kridar keine Unterstützung bewilligt war; er stirbt und hinterläßt nicht so viel, um das Begräbniß zu bestreiten? Hier steht fest, daß die Ausgabe dafür jedenfalls keine Masseschuld ist; ferner fällt sie an sich nicht unter die vom Verwalter sofort zu bestreitenden Kosten. Aber anderseits wird nach meinem Dafürhalten der Verwalter oder die Relikten auf Grund des §. 120 der KO. hiezu eine „Unterstützung" nachsuchen können und, wenn diese bewilligt wird, fällt sie unter §. 51 Ziff. 3.

28) Sei es, daß er während des Verfahrens stirbt, oder daß er schon vor Eröffnung der Gant gestorben war, z. B. wenn sofort nach seinem Tode die Sache zusammenbricht. Wegen der Kosten einer früheren Beerdigung siehe unten zu §. 56 Ziff. 2.

29) Die Beerdigung von Angehörigen des Kridars rechne ich zu den Ausgaben, für welche er selbst (nach §. 118 und 120 der KO.) eine Beisteuer verlangen kann.

30) Solche Mittel sind vorhanden, wenn eine Familie da ist und diese eine Unterstützung aus der Masse bezieht; dann muß sie eben die Beerdigung hieraus bestreiten.

31) Trauerkleider gehören hiezu nicht, wohl aber der übliche Gottesdienst.

gezwungen, das Verlangen zu bewilligen, sie können nicht, unter allen Umständen nicht mittelst Klage, zur Gewährung der Begräbnißkosten[32]) angehalten werden; aber sie sollen, wenn sie ein Bedürfniß erkannt haben, sich nicht weigern[33]).

---

§. 52.

Masseschulden.

Masseschulden[a]) sind:

1) die Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen[b]);

2) die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird[c]) oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß[d]);

3) die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse[e])

I. E. 58; II. E. 52; Pr. H. G. Art. 733; Pr. KO. §. 42; B. Pr. O. —

a. (Masseschulden,)

Die Motive definiren den Begriff folgendermaßen:

„Den Kosten, welche als der sachlich nothwendige Aufwand aus der Masse zu bestreiten sind, mögen sie eine persönliche Forderung des Gläubigers, oder nur dinglicher Natur sein, stehen die Masseschulden insoferne gegenüber, als diese stets eine obligatorische Verbindlichkeit voraussetzen und auch, ohne sachlich nothwendiger Kostenaufwand zu sein, von Wirksamkeit sind[1])."

---

32) Soferne nämlich bis dahin ein Unterhalt nicht bewilligt war; außerdem geht, wie oben bemerkt, der Unterhalt fort und wird für die Begräbnißkosten verwendet. Mit letzterem ist v. Wilmoski S. 270 einverstanden.

33) Unbedingt vereinen die obige Aufstellung Fitting §. 14 Note 14, v. Sarwey S. 464, Stieglitz S 356.

1) Mit Recht bemerkt hiegegen v. Sarwey S. (329) 466, daß hiedurch der Unterschied zwischen Masseschulden und Massekosten keineswegs klar gestellt erscheint, da in zahlreichen Fällen die Uebernahme von Verbindlichkeiten durch den Verwalter, welche nach §. 52 Masseschulden sind, ein „sachlich nothwendiger Aufwand" sei. Wenn aber sodann [in Uebereinstimmung mit Fuchs (S. 70, 71)] ausgeführt wird, daß die Verbindlichkeiten gegen Dritte, wenn noch unerfüllt, Masseschulden, wenn vom Konkursverwalter vorschußweise bestritten, Massekosten seien, so muß ich v. Wilmoski zustimmen, welcher sagt, daß hiedurch eine durchgreifende sachgemäße Unterscheidung nicht gewonnen werde. Aber auch die v. Sarwey weiter vertretene Ansicht, daß zwischen Massekosten im weiteren und im engeren

Ich halte dies nicht für richtig, sondern bin der Ansicht, daß sich ein begrifflicher Unterschied[2]) zwischen Massekosten und Masseschulden nach der KO. überhaupt nicht geben läßt, sondern daß man sich begnügen muß zu sagen: diejenigen aus der Masse zu berichtigenden Ansprüche, welche sich auf einen in §. 51 bezeichneten Titel stützen, heißen Massekosten, diejenigen, welche aus anderen Rechtsverhältnissen der Masse herrühren, Masseschulden.

b. (die Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen).

Diese Stelle ist einschränkend zu interpretiren; der Anspruch des Verwalters auf Zahlung seines Honorars ist auch ein „Anspruch, welcher aus seiner Handlung", nämlich aus der von ihm geführten Verwaltung der Masse entsteht; allein er ist keine Masseschuld, sondern gehört zu den Massekosten[3]). Anderntheils wenn der Konkursverwalter Grob bei der Gläubigerversammlung dem ihm widersprechenden Gläubiger Heftig ein Dintenfaß an den Kopf wirft, so entsteht der Anspruch des Heftig auf Ersatz der Kurkosten aus einer Handlung des Konkursverwalters, allein er ist weder eine Masseschuld, noch gehört er zu den Massekosten. Es muß also gelesen werden: „die Ansprüche Dritter, welche aus den mit ihnen von dem Konkursverwalter im Namen der Masse als deren gesetzlichem Vertreter geschlossenen Geschäften oder welche für sie aus in Vertretung der Masse vorgenommenen Rechtshandlungen des Konkursverwalters entstehen". Es müssen Verwaltungsgeschäfte und Verwaltungshandlungen sein, die Verbindlichkeit

Sinne unterschieden werden müsse, und daß unter den ersteren „alle von der Masse zu berichtigenden Verbindlichkeiten" zu verstehen seien, kann ich weder mit dem Wortlaute des Gesetzes noch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch vereinigen. Ebenso wenig vermag ich zu billigen, wenn z. B. Wengler S. 363 die Masseschulden durch das negative Merkmal charakterisiren will, „daß sie nicht auf verbindlichen Handlungen des Gemeinschuldners beruhen." Dagegen ist v. Sarwey's Bemerkung gewiß gerechtfertigt, daß alle Massekosten zugleich Schulden der Masse sind und daher die ausschließliche Benennung des §. 51 eigentlich ungenau ist. Als legislatives Motiv für die gewählte Terminologie erklärt derselbe die Nothwendigkeit für die durch §. 53 gegebene Lokationsordnung eine gerechte Grundlage zu gewinnen und die Absicht festzustellen, daß die auf den bezeichneten Rechtsgründen beruhenden Forderungen Dritter wirklich als „zum Zwecke der Verwaltung, Verwerthung oder Vertheilung der Masse" gemacht zu behandeln seien.

2) Fitting §. 14 Note 4 bemerkt (mit vollem Rechte), daß die Unterscheidung überhaupt nur dann von praktischer Wichtigkeit ist, wenn es sich um die Ansprüche des Konkursverwalters oder der Mitglieder eines Gläubigerausschusses an die Masse handelt.

3) Ebenso Fitting §. 14 Note 15, Petersen §. 52 Nr. II.

muß auf der Masse ruhen. Wann dieses der Fall, ist zwar im Allgemeinen nach den Bestimmungen zu beurtheilen, welche die Befugnisse des Verwalters feststellen[4]). Indessen auch wenn derselbe die Grenzen dieser Befugnisse überschritten hat, kann dennoch aus seiner Handlung eine Masseschuld entspringen[5]), sofern nämlich die Handlung die Masse betrifft und im Allgemeinen unter den §. 5 der KO. fallen würde[6]); in diesem Falle wird eine Ueberschreitung der in §. 121 und 122 gegebenen Gränzen (nach §. 123) die Haftung der Masse nicht ausschließen, sondern lediglich den Verwalter dem Konkursgläubiger und dem Gemeinschuldner gegenüber regreßpflichtig machen.

Nachdem die Masse durch den Verwalter verpflichtet wird, wie überhaupt jedes Rechtssubjekt durch seinen Stellvertreter, ergibt sich von selbst,

---

4) Ob die Ansprüche unmittelbar oder nur mittelbar aus den Geschäften und Handlungen des Verwalters folgen, ist einerlei.

Eine Zusammenstellung der einzelnen neben den „Rechtsgeschäften" hier in Betracht kommenden Handlungen gibt v. Sarwey, S. (391) 468. Er hebt hervor:

1) die Führung von Aktiv- und Passivprozessen;
2) den Betrieb von Zwangsversteigerungen;
3) Veranlassung von Dienstleistungen für die Masse;
4) Verweigerung der Rückgabe rechtswidrig als Massebestandtheil in Besitz genommener Sachen.

Fitting a. a. O. zählt hieher: an Dritte noch geschuldete Arbeitslöhne, Miethzinsen, Versicherungsgelder, noch nicht bezahlte Kosten einer vom Konkursverwalter betriebenen Zwangsversteigerung oder eines von ihm verlorenen Prozesses, noch unbezahlte Gebühren und Auslagen von ihm bestellter Anwälte u. dgl. Ferner aber auch Forderungen aus Darlehen, welche der Verwalter für die Masse aufnimmt, Ansprüche aus Kaufverträgen, die er zur Verwerthung von Stücken der Masse abschließt, seien es Ansprüche auf Erfüllung oder auf Entschädigung wegen Entwerthung u. s. w.

5) Die Motive sagen nämlich: „ist das Geschäft oder die Handlung innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse vorgenommen".

6) „Wenn ein Konkurskurator für die Masse ohne rechtlichen Grund den Besitz einer fremden Sache ergriffen hat und deren Rückgabe verweigert, so wird dadurch die Konkursmasse nach dem Grade des Versehens ihres Kurators dem Eigenthümer der Sache für den Schaden verantwortlich, ohne daß dieser mit seiner Entschädigungsforderung sich in den Konkurs einzulassen braucht". Präjudiz des Berliner Obertribunals vom 5. Juli 1850 in den Entscheidungen Bd. 19 S. 488 und ausführlich in Bd. 20 S. 517 ff. Ebenso entschied das ROHG. vom 15. Februar 1873 (Entscheid. Bd. IX S. 169.) Anders wenn er persönlich durch eine Handlung dem Eigenthümer Schaden zufügt, vgl. die Erl. zu §. 74.

daß dieselbe auch wegen Eviktion haften muß in allen Fällen, in welchen der Veräußerer zur Gewährleistung verbunden erscheint[7]).

c. (die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird).

Im Grunde[8]) ist die im vorstehenden bezeichnete Kategorie von Ansprüchen schon unter der Nr. 1 begriffen; denn auch sie sind veranlaßt „durch eine Handlung des Verwalters", nämlich dadurch, daß derselbe von der ihm in §. 15 der KO. eingeräumten Befugniß Gebrauch machend die Erfüllung eines noch schwebenden Geschäftes zur Masse verlangt. Nothwendigerweise wird damit, weil eben die Masse als der Gegenkontrahent eintritt, die Gegenleistung zur Schuld der Masse[9]). Wenn daher A, bevor er in Konkurs gerathen, dem B ein Pferd um den Preis von 1500 Mark abgekauft hat und der Betrag ist noch nicht erfüllt, der Konkursverwalter aber wählt die Erfüllung und läßt sich das Pferd tradiren, so muß natürlich derselbe auch den Preis von 1500 Mark ebenso aus der Masse bezahlen, als wenn er selbst zum Fortbetrieb der Oekonomie des Gemeinschuldners nach ausgebrochenem Konkurse ein Pferd gekauft hätte.

Indessen erstreckt sich die Pflicht zur Leistung aus der Masse nur auf die Gegenleistung als solche. „Ansprüche aus einer vom jetzigen Gemeinschuldner schon vor Eröffnung des Konkursverfahrens gemachten selbständigen Leistung wegen Mängel oder Eviktion dieser Leistung u. s. w. sowie die Ansprüche wegen nicht gehöriger Erfüllung bleiben — so sagen die Motive — auch nach der Konkurseröffnung Konkursforderungen". Der Accent liegt hier auf dem Worte „selbständig"; denn wenn die vor der Konkurseröffnung geschehene Leistung nur ein Beginn der wirklichen Erfüllung, nur ein Theil des Vollzuges gewesen ist, so daß dem Verwalter immer noch die volle Wahl freistand und erst in Folge seiner Erklärung, auf dem Vertrage stehen zu bleiben, dieser wirklich und vollständig erfüllt wurde, läßt sich der etwaige Anspruch wegen Mängel, wegen Eviktion dieser unselbständigen vorgängigen Leistung nicht wohl als Konkursforderung ansehen, sondern die Masse muß dafür aufkommen. Setzen wir im obigen Beispiele den Fall, es hatte der Gemeinschuldner bereits 500 Mark angezahlt, es befand sich aber unter dem übergebenen Gelde ein falsches Zwanzigmarkstück, so muß, wenn der Verwalter die Erfüllung wählt, die Masse offenbar 1020 Mark nachzahlen. Wählt aber der Verwalter die Erfüllung nicht, so ist der Anspruch

---

7) Motive S. 244.

8) Aber formell nicht, weil — wie v. Sarwey S. (392) 470 scharfsinnig bemerkt — im vorliegenden Falle die Verbindlichkeit als solche nicht erst durch die Handlung des Verwalters entsteht.

9) Vgl. oben S. 197.

wegen des falschen Geldstückes ebenso gut in den Konkurs zu weisen[10]), wie die Entschädigungsforderung, welche er etwa deshalb aufstellt, daß er die günstigen Markttage versäumt hat und nun sein Pferd weniger werth ist. Wenn nun aber z. B. der Gemeinschuldner, solange er noch nicht in Konkurs war, zum Vollzuge eines auf Lieferung von 50 Cavalleriepferden geschlossenen Vertrages 10 Pferde geliefert hat, und unter diesen ist ein fehlerhaftes, kann der Verwalter, wenn er Erfüllung des Vertrages gewählt hat, doch den Käufer mit seinem Anspruche wegen Fehlerhaftigkeit des fraglichen einen Pferdes in den Konkurs verweisen? Ich glaube[11]) nicht; denn in solchem Falle gehört die Pflicht zur Gutmachung des Fehlers mit zur vollständigen Erfüllung des Vertrages[12]).

In der Anwendung der obigen Grundsätze auf Dispositionsstellungen ergibt sich Folgendes: im Falle der Gemeinschuldner Verkäufer war und die von ihm übersandte Waare zur Disposition gestellt wurde, ist, wenn der Verwalter Erfüllung wählt, die Masse verpflichtet, für die zurückgeschlagene Waare aufzukommen; lehnt der Verwalter ab, so geht die Waare in die Masse und der Käufer hat im Konkurse seinen Schaden zu liquidiren. War der Gemeinschuldner Käufer und hatte die ihm zugesandte Waare zur Disposition gestellt, so geht, wenn der Verwalter die Erfüllung wählt, die Austragung der Differenz auf die Masse über; lehnt er aber das Geschäft ab, so muß der Verkäufer unter allen Umständen seine Waare wieder nehmen[13]) und seine Ansprüche im Konkurs verfolgen.

d. (oder für die Zeit nach der Eröffnung des Konkurses erfolgen muß).

Hier sind die Fälle gemeint, in welchen das Gesetz den Vertrag als auch nach der Konkurseröffnung unverändert fortbestehend erklärt und dem Verwalter kein Aufhebungsrecht gewährt. Dahin gehören vor Allem nach

---

10) Der Verkäufer gibt eben nur 480 Mark zurück, nicht 500; bezw. er kompensirt nur soviel; würde also sein Entschädigungsanspruch 600 Mark betragen, so liquidirt er im Konkurse die 100 Mark, um welche sein Schaden mehr beträgt, als die bereits empfangene Anzahlung, und die 20 Mark, um die er in dieser zu wenig erhalten hat

11) Uebereinstimmend mit v. Wilmowski S. (171) 271.

12) v. Sarwey (a. a. O.) definirt das Unterscheidungsmerkmal treffend dahin: „ob die Leistung des Gemeinschuldners zwar denselben liberire, dagegen dem anderen Theile ein Rechtsmittel zur Verfolgung eines durch die Art der Leistung ihm zugesagten Vermögensnachtheiles gegeben habe, oder ob die ungenügende Art der Leistung den Leistenden als mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit noch im Rückstande befindlich erscheinen lasse."

13) Oder auf Wag und Gefahr des Gemeinschuldners veräußern lassen.

§. 17 und 18 der KO. die Pacht- oder Miethzinse während der Frist bis zur Kündigung[14]), der Dienstlohn während derselben Zeit; dann aber auch Leistungen aus jenen Gesellschafts-, Gütergemeinschafts- und sonstigen Gemeinschaftsverhältnissen[15]), welche durch den Konkurs nicht aufgelöst werden und welche der Verwalter fortsetzt[16]). Nicht Masseschulden sind dagegen die Ansprüche, welche aus solchen Verträgen, sei es, daß sie gelöst oder fortgesetzt werden, aus der Zeit vor der Konkurseröffnung stammen, ohne Rücksicht auf die Zeit, in der sie erfüllt werden müssen. Rückständige Pachtzinse, unbezahlt gebliebene frühere Dienstlöhne sind, auch wenn der Verwalter nicht kündigt, doch keine Verpflichtung der Masse[17]). Aber auch Schadensersatzansprüche wegen vorzeitiger Auflösung des Pacht- oder Dienstverhältnisses[18]), welche dadurch entstehen, daß der Verwalter aufkündigt[19]) oder das Grundstück verkauft, sind Konkursforderungen aus dem Grunde, weil sie zwar erst nach der Konkurseröffnung existent geworden sind, aber nicht auf einer Verpflichtung aus der Zeit nach dieser Eröffnung beruhen, sondern auf der Nichterfüllung einer Verpflichtung aus der Zeit vorher. Ebendeshalb erscheint im Konkurse des Verpächters auch die Pflicht zur Rückgabe einer vom Pächter gestellten Kaution oder des dem Pächter gehörigen Inventars als eine Konkursforderung[20]). Wenn der Pächter in Konkurs gerathen ist

---

14) Vgl. oben S. 253.

15) „So ist ein nach Eröffnung des Konkurs-Verfahrens über das Vermögen eines Gewerken durch Gewerkschaftsbeschluß festgesetzter Beitrag als Masseschuld zu erachten". (Motive.) A. A. v. Sarwey a. a. O. S. (393) 470, welchen indessen Meisner S. 216 Note 2 auf Grund eines Erkenntnisses des ROHG. vom 17. Juni 1879 (Bd. XXV S. 295) zu widerlegen versucht.

16) Denn löst sie derselbe auf, so sind die hiewegen entstehenden Ansprüche nur Konkursforderungen.

17) Denn man kann nicht eine stillschweigende Uebernahme Seitens des Verwalters aus der Nichtkündigung folgern. Dadurch ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß die Gegenkontrahenten an die Fortsetzung des Verhältnisses die Bedingung der Uebernahme der verfallenen Leistung knüpfen. Gesetzt, Fräulein Marie Wolff wäre bei einem Theater engagirt, dessen Direktor in Konkurs geräth, so könnte ich mir recht gut denken, daß der Konkursverwalter, um der Masse bei Fortführung des Theaters durch die Darstellerin der Marianne in Göthe's Geschwistern volle Häuser zu sichern, auch die unbezahlt gebliebenen letzten zwei Monatsgagen übernimmt.

18) Vgl. hierüber das Erk. des RG. v. 14. Febr. 1882. (Entscheid. Bd. VII S. 19 und Blum Annalen Bd. V S. 274).

19) Sofern eine solche überhaupt begründet erscheint, vgl. oben S. 278.

20) Vgl. das Erk. des Berl. Obertrib. v. 12. Sept. 1868 (Striethorst Bd. 71 S. 329) und oben S. 491 Note 46.

und es handelt sich um Entschädigung wegen Defekte an dem ihm übergebenen Inventar, so ist es natürlich außer Zweifel, daß dieser Anspruch, wenn der Pacht nicht festgesetzt wird, keine Masseschuld, sondern eine Konkursforderung bildet. Wenn aber der Pacht durch den Konkursverwalter fortgesetzt wird? Hierüber sind die Gelehrten uneins[21]). Ich schließe mich dem Erk. des Berl. Obertrib. v. 1. März 1872[22]) an, welches ausführt, daß, wenn bei der Fortsetzung der Pacht[23]) der Defekt nicht konstatirt wurde, nachträglich der Verpächter nicht in den Konkurs verwiesen werden kann. Mir scheint um so weniger, weil derselbe durch die Pachtfortsetzung möglicherweise veranlaßt war, die Geltendmachung seines Absonderungsrechtes zu unterlassen. Dies ist indeß nicht Ausnahme von der obigen Regel, sondern gründet sich auf die stillschweigende Uebernahme der Schuld durch die Masseverwaltung[24]).

e. (die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse).

Die KO. bestimmt verschiedene Fälle, in denen die Masse zu einer Rückgabe verpflichtet wird, weil eine Leistung an sie gelangte, auf welche sie nicht oder nur in der Voraussetzung eines nachträglich weggefallenen Rechtsgrundes Anspruch hatte. So nach §. 6 Abs. 2 die Gegenleistung für eine nach Eröffnung des Verfahrens vom Gemeinschuldner vorgenommene Rechtshandlung, nach §. 31 was in Folge eines anfechtbaren Geschäftes in der Masse als Bereicherung sich findet, nach §. 38 was einem Aussonderungsberechtigten zum Schaden eingezogen wurde u. s. w. Außerdem aber gehören alle Fälle hieher, in denen überhaupt ein fremder Werth ohne Rechtsgrund in die Masse geflossen ist[25]). Beide Momente müssen zusammentreffen. Ist eine Leistung ohne Rechtsgrund an den Gemeinschuldner gekommen (sei es vor oder nach Eröffnung des Verfahrens), so haftet nicht die Masse. „Nicht Masseanspruch, sondern Konkursanspruch

---

21) Vgl. v. Sarwey S. (394) 473 Note; Hullmann S. 198 und 199; v. Wilmowski S. (171) 273; Petersen S. 253; Stieglitz S. 360.

22) Entscheidungen Bd. 67 S. 73.

23) Natürlich über die erlaubte Kündigungsfrist hinaus, denn die Fortsetzung bis zu dieser ist kein rechtliches Eintreten in den Vertrag, sondern nur ein faktisches Fortsetzen des bestehenden Verhältnisses.

24) Vgl. auch oben Note 19.

25) Die Motive nennen: die Pflicht zur Erstattung nützlicher Auslagen an Vindikationsbeklagte, oder zur Erstattung anderer ad promovendam massam gemachten Auslagen. Ich zähle auch hieher die von dem Verwalter über die Vorschrift des §. 1 Abs. 2 hinaus eingezogenen Erträgnisse des eheherrlichen ususfructus.

also ist — nach den Motiven — der Entschädigungsanspruch in dem Falle, daß eine fremde Sache von dem Gemeinschuldner oder dem Vertreter seines Nachlasses [26]) verkauft und der Kaufpreis von ihnen schon vor der Konkurseröffnung [27]) oder wenn eine andere Zahlung, die nicht geschuldet war, erhoben worden ist, oder der Entschädigungsanspruch des Dritten aus der Anfechtung eines vor der Eröffnung des Konkurses von ihm mit dem Gemeinschuldner geschlossenen Vertrages, der bei der Eröffnung schon erfüllt war."

Ist hinwiederum eine Leistung in die Masse gekommen, aber nicht ohne Rechtsgrund, so begründet die Forderung auf Rückgabe, auch wenn sie an sich begründet erscheint, noch nicht eine Masseschuld; so ist z. B. der Anspruch auf Vergütung der Leistung aus einem gültigen Vertrage, dessen Gegenleistung in Folge des Konkurses unerfüllt bleibt, Konkursforderung (vgl. §. 21 der KO.).

---

§. 53.

Unzureichenheit der Masse.

Sobald sich herausstellt [a]), daß die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger [b]) nicht ausreicht [c]), tritt eine verhältnißmäßige Befriedigung derselben [d]) in der Weise ein [e]), daß zunächst die Masseschulden [f]), dann die Massekosten, von dieser zuerst die baaren Auslagen [g]) und zuletzt die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung zu berichtigen sind [h]).

I. E. §. 59; II. E. §. 53; Pr. H. G. Art. 736; Pr. KO. §. 45; B. Pr. O. Art. 1294.

a. (Sobald sich herausstellt).

Das Gesetz bedient sich nicht des Ausdruckes: „wenn sich herausstellt"; indem es durch das Wort „sobald" einen terminus a quo festsetzt, deutet es an, daß die Bestimmung des §. 53 erst von der Zeit an wirksam wird, zu welcher die Voraussetzung der Insuffizienz erkennbar ist. Das heißt, was bis dahin [1]) einzelnen Massegläubigern gezahlt wurde, bleibt gezahlt,

---

26) Erk. des Berl. Obertribunals v. 22. Juni 1871 (Striethorst Bd. 82 S. 228) und vom 9. Januar 1872 (Entsch. Bd. 66 S. 299).

27) Vgl. oben S. 525.

1) Wenn aber, nachdem sich die Insuffizienz herausgestellt hat, noch gezahlt wurde? In diesem Falle erscheint der Empfänger meines Erachtens als Einer,

wegen sich nachträglich herausstellender Unzureichenheit der Masse kann eine Rückforderung nicht eintreten[2]). Stellt sich die Insuffizienz schon vor Beginn des eigentlichen Verfahrens heraus, so findet ein solches überhaupt nicht statt vgl. §. 99.

b. (Massegläubiger).

„Unter Massegläubigern versteht das Gesetz sowohl solche Gläubiger, welche Masseschulden, als auch solche, welche Massekosten zu fordern haben“[3]). Im Allgemeinen also stehen sich dieselben gleich und die Aufführung in den §§. 51 und 52 hat nicht den Sinn, daß die Gläubiger nach der betreffenden Reihenfolge ihren Rang nehmen (wie dies die Reihenfolge in §. 54 bedeutet). Im Gegentheile, wenn vom Rang geredet werden kann, kommen die in §. 52 genannten vor denjenigen des §. 51 und in §. 51 wieder Ziff. 2 unter Umständen vor Ziff. 1.

c. (nicht ausreicht).

Wann der Zeitpunkt festgestellt erscheint, daß die Masse nicht ausreicht, ist Thatfrage; „er wird durch die Erklärung des Verwalters, durch Pfändungen oder andere Vorgänge unschwer zu ermitteln sein“[4]). In der Regel wird die Erklärung des Verwalters die Insuffizienz konstatiren, wogegen dann natürlich der Konkursrichter und gegen dessen Bescheid der Oberrichter angerufen werden kann.

d. (eine verhältnißmäßige Befriedigung derselben).

Diejenigen Massegläubiger, welche gleichen Rang haben, müssen im Falle der Unzureichenheit nach dem Verhältnisse ihrer Forderungen befriedigt werden.

e. (in der Weise ein).

Die Befriedigung der „Massegläubiger“ (vgl. oben zu §. 50) erfolgt durch den Verwalter, folglich entwirft auch er die Berechnung der verhält-

---

der unberechtigt empfangen hat, und unterliegt unter den gewöhnlichen Voraussetzungen der condictio. Dieselbe kann nur dem Verwalter zustehen und wenn daher dieser (welcher ja auch die Auszahlung macht) nach Civilrecht nicht kondiziren kann, so ist er der Masse Ersatz schuldig. Hullmann S. 201. Stieglitz S. 364. v. Wilmowski S. 275. Letzteres gibt v. Sarwey S. 477 zu, meint aber (mit Fitting §. 14 Note 24), auch eben zu kurz gekommene Massegläubiger könnten sich der condictio bedienen.

2) Wohl aber natürlich wegen anderer Gründe, z. B. mit der condictio indebiti, wenn ein Nichtberechtigter irrthümlich Zahlung empfing u. s. w. Auf Grund der Pr. KO. entschied bisher das Berl. Obertrib. im entgegengesetzten Sinne, vgl. Striethorst Bd 25 S. 58 ff., 66 ff.

3) Aeußerung des Geh. Justizrath Hertz in der 8. Sitzung. K. Prt. S. 49.

4) Motive.

nißmäßigen Befriedigung, das heißt er ist es, welcher die Reduktion vorzunehmen hat. Gegen seine Berechnung findet Anrufung des Konkursrichters, und gegen dessen Bescheid die sofortige Beschwerde statt. Einen förmlichen Plan zu entwerfen ist der Verwalter nicht verpflichtet, auch glaube ich nicht[5]), daß ohne Weiteres die sämmtlichen Vorschriften der §§. 136 ff. anzuwenden sind. Mit Recht bemerkt v. Sarwey (a. a. O. S. 477), daß der Umsicht und Gewissenhaftigkeit des Verwalters und Konkursrichters das Meiste überlassen bleibe.

f. (die Masseschulden, dann die Massekosten.

Das Gesetz meint hier offenbar dasjenige, was nach seiner ursprünglichen Beschaffenheit entweder unter §. 52 oder unter §. 51 fällt. Denn lediglich diese ursprüngliche Beschaffenheit kann die ratio legis sein, weshalb die einen vor den anderen gezahlt werden sollen[6]). Der Umstand, daß der betreffende Anspruch der Berechtigten wechselt, ändert diese Beschaffenheit nicht. Masseschulden, welche also z. B. der Verwalter oder ein Mitglied des Gläubigerausschußes vorschußweise berichtigt hat, bleiben in ihrem Vorrang[7]). Andererseits werden die vom Verwalter oder einem solchen Mitgliede berichtigen Massekosten nicht zu einer Masseschuld[8]).

g. (die baaren Auslagen).

Es ist einerlei, ob die Baarauslagen vom Gerichte, vom Verwalter oder von anderen Personen gemacht sind. Wenn also z. B. der Verwalter zur Vornahme einer nothwendigen und in seiner Aufgabe liegenden Maßregel eine baare Ausgabe zu machen hatte, so geht er damit den Gerichts-

---

5) Wie Hullmann, S. 201 Nr. 3, Stieglitz S. 363 und Wengler S. 369 annehmen. Freilich ließe sich hiefür anführen, daß, sobald die Masse nicht reiche, ein Konkurs über die Masse als solche vorhanden und die Massegläubiger in dieser Richtung Konkursgläubiger der Masse seien. Allein das Gesetz hätte dann nicht blos die Vertheilung, sondern ein förmliches Konkursverfahren anordnen müssen, was dasselbe aus praktischen Gründen nicht gethan hat.

6) Die legislativen Gründe, weshalb die KO. abweichend von anderen Gesetzen die Masseschulden den Massekosten vorgehen läßt, sind in den Motiven (zum II. E. S. 249) erörtert.

7) Wie bereits oben (Note 1 zu §. 52) bemerkt, könnte man dieses damit rechtfertigen wollen, daß, sobald eine solche Tilgung durch den Verwalter geschah, hierin nur mehr „eine Ausgabe für die Verwaltung der Masse" erblickt werden könne, was indessen nicht zutrifft.

8) Man könnte nämlich dahin argumentiren, daß durch die getilgten Kosten die Masse „rechtlos bereichert sei."

taxen[9]) vor. Bloße Gebühren sind nicht unter den Baarauslagen[10]) zu verstehen; auch macht der Umstand, daß der Verwalter die Zahlung bereits geleistet, die Ausgabe noch nicht zur „baaren Auslage". Wenn z. B. auf Andringen des Gemeinschuldners demselben die ihm bewilligte monatliche Unterstützung von 50 Mark für zwei Monate vom Verwalter aus eigenen Mitteln vorausgezahlt worden ist, so kann derselbe den Rückersatz des von ihm geleisteten Vorschusses bei Unzureichenheit der Masse nicht z. B. vor den Gerichtsgebühren begehren.

h. (zu berichtigen sind.)

Bezüglich des ungedeckt bleibenden Restes vgl. die Ausführungen auf S. 596 IV.

9) Nicht aber den dem Konkursrichter oder dem Gerichtsschreiber etwa zu zahlenden Diäten; denn diese sind ebenfalls, sobald sie angefallen, als „baare Auslagen" zu qualifiziren, auch wenn sie nicht von der Regie- oder Sportelkasse des Gerichtes vorgeschossen waren.

10) Sie können unter Umständen Masseschulden sein und daher allen Kosten vorgehen; z. B. die Gebühren von Anwälten, welche der Verwalter aufgestellt hat, vgl. v. Sarwey S. (398) 476 Nr. 3.

Achter Titel.

Konkursgläubiger.

I. Der Begriff des „Konkursgläubigers", die Voraussetzungen, unter welchen ein Forderungsberechtigter an das zur Vertheilung bestimmte Vermögen des Gemeinschuldners, also an die Masse Anspruch erheben könne, ist in §. 2 der KO. festgestellt[1]). Der nachfolgende achte Titel setzt diese Begriffsbestimmung voraus, ändert an derselben Nichts, ergänzt oder erläutert sie auch nicht, sondern er behandelt lediglich die Frage, in welcher Weise die einzelnen Arten von Konkursforderungen zum Zuge kommen sollen. Er enthält demnach eigentlich das, was in der früheren Gesetzgebung als „Rangverhältniß der Gläubiger", als „Prioritätsordnung" und ähnlich bezeichnet wurde.

Diese Rangordnung ist in dem gegenwärtigen Gesetze gegen die früheren Systeme sehr vereinfacht. Dadurch, daß alle auf dinglichem Rechte beruhenden Vorzugsrechte hinsichtlich des Konkursverfahrens wegfallen, bedarf es nur mehr einer Aufzählung der reinen persönlichen Privilegien, und auch hier hat die Konkursordnung möglichst wenig Ausnahmen zu machen versucht[2]). Die Motive (zum II. E. S. 253) bemerken sehr richtig: „allen persönlichen Forderungen wohne im Grunde derselbe Inhalt und dieselbe Stärke bei, auch das Alter verstärke nicht den Anspruch der Befriedigung;

---

1) Vgl. oben S. 86 ff.

2) Ein bemerkenswerther und bei Motivirung der einzelnen Vorrechte stets betonter Gesichtspunkt für die Redaktoren war die Erwägung, daß eine Begünstigung einer Forderung jedenfalls nur dann zu rechtfertigen sei, wenn die Forderung schon zum Voraus eine „erkennbare' war und also die kreditgebenden Dritten dieselbe bereits bei der Kreditirung in Anschlag bringen konnten und mußten.

jede Bevorzugung des einen Gläubigers enthalte also eine Rechtskränkung des anderen, die volle Befriedigung des Einen geschehe auf Kosten des Anderen, und sonach müsse die Beseitigung aller Vorrechte das Ziel sein, welches angestrebt werden solle"[3]). Indessen hat dieser Gedanke in Deutschland noch nicht die Oberhand; während der I. E. §. 61 und 62 nur zwei privilegirte Forderungen mehr anerkannte (Liedlohn und Kindergeld)[4]), wurde vom Bundesrathe die Zahl auf sieben erhöht, von denen die Berathungskommission wieder zwei beseitigte. Die Aufzählung der fünf noch übrig gebliebenen gibt §. 54[5]); sodann bestimmt §. 55 den Umfang der Konkursforderung, nämlich was jeder Kapitalforderung gleichgestellt wird, während §. 56 einige Kategorien ganz ausschließt. Die §§. 57—63 beschäftigen sich mit Vorschriften über die Behandlung derjenigen Forderungen, welche an besondere Modalitäten (Bedingung, Zeitbestimmung) geknüpft oder mit einer eigenthümlichen Qualität (Absonderungsrecht, Solidarhaftung, Kontinuität) versehen sind.

II. Hinsichtlich des Sprachgebrauchs ist Folgendes zu bemerken:

„Rangordnung" ist diejenige Reihenfolge, in welcher die Forderungen auf Berichtigung Anspruch haben; doch ist es nicht nothwendig, daß die Zahlung effektiv in dieser Reihenfolge auch geschieht[6]); Forderungen, welche gleichen Rang haben, werden, wenn ihre vollständige Befriedigung nicht möglich ist, im Verhältnisse ihrer Beträge berichtigt[7]); Forderungen von tie=

---

3) In sehr eingehender und interessanter Weise beleuchten und prüfen die Motive (z. I. E. Bd. I. S. 325 ff.) die hervorragendsten der bisherigen Vorrechte. Für die Anwendung des bestehenden Rechtes sind indessen diese Erörterungen nicht von Nutzen und deshalb kann ich dieselben übergehen

4) Am meisten wurde für und gegen das Vorrecht der Ehefrauen gekämpft; schon die Pr. KO. stund am Scheitern wegen desselben.

5) Mandry §. 28 S. 349 macht darauf aufmerksam, daß diese Vorrechte der Hauptsache nach mit den sogenannten absoluten Vorzugsrechten des Gemeinen Rechtes (Windscheid Pandekten §. 271 bei Note 16) zusammenfallen und nur das Vorrecht der Ziff. 5 (Forderungen der Kinder und Pflegbefohlenen) sich an ein gemeinrechtliches Generalpfandrecht anschließt.

6) Es kann nämlich, soferne die Deckung einer mehr bevorzugten Forderung sicher ist, allerdings eine im Range niedrigere vorher ausbezahlt werden

7) Natürlich nur soweit diese Beträge im Konkurse überhaupt Berücksichtigung finden können; Fitting §. 11 sagt deshalb mit Recht: „im Verhältnisse ihrer im Konkurse maßgebenden Beträge."

ferem Range erhalten nichts, soferne die vom höheren Range unbefriedigt bleiben würden.

„Bevorrechtigt" heißt die Forderung, wenn sie in eine der in §. 54 Ziff. 1 bis 5 einschlüssig genannten Kategorien gehört[8]); die in Ziff. 6 genannten Konkursforderungen, das heißt alle Forderungen, welche nicht zu den in Ziff. 1 bis 5 genannten gehören, sind die „nichtbevorrechtigten"[9]).

Für diejenigen Forderungen, welche zwar „Konkursforderungen" sind, aber im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können (§. 56), fehlt ein technischer Name. (Vgl. oben S. 186.)

III. Nach dem Grundsatze locus regit actum müßte die Qualität der Forderungen nach der Gesetzgebung desjenigen Ortes beurtheilt werden, wo dieselbe entstanden ist. Wenn derjenige, über welchen am 1. Januar 1883 in München der Konkurs eröffnet wird, im Jahre 1882 in Bains-la-Mer, in welcher Stadt die Badbesitzer vor allen anderen Gläubigern ein Vorrecht besitzen, eine Badekur gebraucht hat und der Madame Eponge 100 francs schuldig geblieben ist, so könnte man annehmen, daß diese besonders privilegirte Qualität der Forderung, welche ihr in Bains-la-Mer zukommt, nunmehr auch im Konkurse zur Geltung kommen müßte. Allein dies ist nicht der Fall; die Gesetzgebung über die Reihenfolge der Forderungen ist gleichsam publici juris. Vorrechte, welche die deutsche Konkursordnung nicht anerkennt, können bei einem Deutschen Gerichte überhaupt nicht beachtet werden. Umgekehrt ist derjenige, welcher im Auslande eine Forderung erworben hat, auch dann bevorrechtet, wenn seine Forderung zwar im Auslande nicht privilegirt ist, wohl aber nach der Deutschen KO. ein Vorrecht beanspruchen kann[10]).

8) In §. 54 wird dieser Ausdruck nicht gebraucht; die Definition ist aber nothwendig, weil §. 157 sie voraussetzt. Auch in §. 176 Abs. 2 kommt derselbe vor und in §. 12 des Einf.-Ges. werden die „Vorzugsrechte" der früheren Gesetze als aufgehoben bezeichnet, wohl aber die Gewährung von „Vorrechten" statuirt.

9) Diese werden z. B. in §. (160) 168, 173, 174 u. 178 mit dieser Bezeichnung aufgeführt.

10) Diese Grundsätze haben nunmehr auch in einem Erk. d. RG. v. 18. Febr. 1880 (Entscheid. Bd. I. S. 322) Anerkennung gefunden.

§. 54.

Rangordnung der Konkursgläubiger.

Die Konkursforderungen[a]) werden nach folgender Rangordnung, bei gleichem Range nach Verhältniß ihrer Beträge[b]), berichtigt[c]):

1) die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Forderungen an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauerndem Dienste verdungen hatten;

2) die Forderungen der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden, sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, welche im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind oder nach §. 58 als fällig gelten; es macht hiebei keinen Unterschied, ob der Steuererheber die Abgabe bereits vorschußweise zur Kasse entrichtet hat;

3) die Forderungen der Kirchen und Schulen, der öffentlichen Verbände und der öffentlichen, zur Annahme der Versicherung verpflichteten Feuerversicherungsanstalten wegen der nach Gesetz oder Verfassung zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens;

4) die Forderungen der Aerzte, Wundärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens, insoweit der Betrag der Forderungen den Betrag der taxmäßigen Gebührnisse nicht übersteigt;

5) die Forderungen der Kinder und der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens; das Vorrecht steht ihnen nicht zu, wenn die Forderung nicht binnen zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung der Verfahrens verfolgt worden ist;

6) alle übrigen Konkursforderungen.

I. E. §. 60, 61, 62, 63; II. E. §. 54; Pr. H. E. Art. 737; Pr. KO. §§. 72—82; B. Pr. O. §§. 12, 23 u. 25.

a. (Die Konkursforderungen).

Das Gesetz sagt nicht „die Konkursgläubiger", sondern die „Konkursforderungen"; damit ist meines Erachtens zur Genüge ausgedrückt, daß die bevorrechtigte Befriedigung nicht dem Gläubiger für seine Person gegeben werden wollte, sondern daß es die Natur und rechtliche Beschaffenheit der Forderung selbst ist, weshalb ihr ein Vorzug eingeräumt werden soll[1]). Wenn daher auch die Nummern 3—5 in der Bezeichnung sich der Beifügung der betreffenden Gläubiger bedienen („Forderungen der Kirchen, der Aerzte, der Kinder", so wird doch auch hier die „Forderung" als bevorrechtigt erklärt und nicht die Person des Gläubigers[2]). Hieraus folgt, daß nicht blos der erste Erwerber der in §. 54 Nr. 1—5 erwähnten Ansprüche, sondern auch jeder weitere Inhaber derselben sich des Vorrechtes zu erfreuen hat, mag er vor oder nach der Konkurseröffnung, durch Universal- oder Singularsuccession das Forderungsrecht erlangt haben[3]). Was nun die Cession insbesondere anbetrifft, so ergibt sich weiter die Frage, ob die Uebertragung der Forderung an sich schon genügt[4]) oder ob das Vorrecht besonders übertragen werden

---

1) Vgl. jedoch die Einschränkung auf S. 534 Nr. III.

2) Sonst müßte es heißen: die Kirchen, die Aerzte, die Kinder für ihre Forderungen.

3) Anderer Meinung ist Hullmann (S. 203), welcher annimmt, daß die KO. diese Frage unentschieden lasse und daher die Entscheidung aus dem Landesrechte zu entnehmen sei. Diese Ansicht vertritt auch ein Erk. des RG. vom 24. November 1880 (Entsch. Bd. III. S. 34 ff. und Blums Annalen Bd. III S. 91 ff.), obwohl dasselbe sagt: „verhältnißmäßig wichtigere Gründe würden aus der Fassung des Gesetzes und dem Inhalte der Motive dafür sprechen, daß nach dem Willen der Konkursordnung die Vorrechte keineswegs an die Person des ursprünglichen Inhabers der bevorrechtigten Forderungen gebunden seien", und obwohl jenes Erkenntniß nicht verkennt, „daß die Frage der Uebertragung des Vorrechtes mit der Cession auf das Tiefste das Wesen der Vorrechtsordnung affizire, da ihre Lösung unmittelbar den Kreis der in jener Rangordnung in Betracht kommenden Forderungen mitbestimmt." Allein gerade der weitere Inhalt dieses Erkenntnisses, welches zwölf enggedruckte Seiten bedarf, um die Frage für ein Vorrecht nach Preußischem Rechte zu lösen, bestimmen mich, an meiner Ansicht festzuhalten, daß die Frage von der KO. durch die Formulirung der Vorrechte als „sachliche" bereits entschieden sei. Mit mir stimmen überein: Mandry S. 350, Meisner S. 224, Petersen S. 261, v Sarwey S. 483, Stieglitz S. 366, v. Wilmowski S. (176) 278.

4) Daß, nachdem die Forderung im Konkurse einmal angemeldet ist, ihre Cession zugleich das Vorrecht mit überträgt, wird allgemein anerkannt.

muß. Ich glaube, das Erstere; denn eben weil die Bevorrechtigung nicht der Person des Gläubigers, sondern der Forderung als solcher zu Theil wird, ist das Vorrecht ebenso derselben inhärirend, wie z. B. Verzinslichkeit, Kündigungsfrist u. s. w. Umgekehrt kann natürlich der Cessionar, der eine gewöhnliche Forderung erworben hat, nicht aus seiner Person einen Vorzug beanspruchen[5]).

Wie verhält es sich nun, wenn Jemand eine Forderung „ablöst", das heißt den Gläubiger zum Besten des Gemeinschuldners, aber nicht in dessen Namen und Auftrag befriedigt? Der I. E. hatte hierüber in §. 18 den Vorschlag: „Soweit Jemand nach der Eröffnung des (Gemeinschuld)-Konkursverfahrens einen Gläubiger befriedigt, erwirbt er die Forderung und das Absonderungsrecht oder Vorrecht des Gläubigers auch ohne ausdrückliche Abtretung." Allein diese Vorschrift wurde in den II. E. nicht aufgenommen und bleibt also hierin das bürgerliche Recht maßgebend[6]). Gemeinrechtlich liegt dem befriedigten Gläubiger die Pflicht der Cession ob[7]) und wird dann das Privilegium, soferne es nicht ein rein persönliches ist, als mitübergegangen angesehen. Nach Pr. LR. (Th. II. Tit. 16 §. 46 ff.), dagegen muß auch ein „der Qualität der Forderung beiwohnendes Vorrecht" besonders abgetreten werden, und wird durch bloße Zahlung nicht erworben[8]).

b. (bei gleichem Range nach Verhältniß ihrer Beträge).

Die Rangordnung, welche das Gesetz aufstellt, zeigt sich lediglich durch die Ziffern an[9]); die Reihenfolge der Forderungen innerhalb einer und derselben Ziffer soll keinen Rang bedeuten. Deßhalb geht z. B. (in Nr. 2) die Reichskasse den Gemeindekassen nicht vor, (in Nr. 3) die Feuerver-

---

5) Es ergibt sich dies schon aus der Fassung der einzelnen Ziffern des §. 54 der KO.; denn wenn z. B. ein Arzt sich eine Wechselschuld des Gemeinschuldners cediren läßt, fällt sie ohnehin nicht unter Nr. 4, weil nicht „Forderungen der Aerzte", sondern „Forderungen für Kur- und Pflegekosten" sich des Vorrechtes erfreuen.

6) Vgl. Motive zum II. E. §. S. 57.

7) Seuffert, Pandekten §. 297 Note 6.

8) Das in Note 3 citirte reichsgerichtliche Erkenntniß führt indessen aus, daß ohngeachtet der im Texte citirten Gesetzesstellen der zahlende Bürge auch ohne Cession das Vorrecht erwerbe, und stützt sich auf Th. I tit. 14 §§. 338 und 339.

9) Im bisherigen Bayerischen Rechte war dies theilweise anders; vermöge §. 24 der Pr.-O waren z. B. die Nummern 3—9 der IV. Klasse keine Rangzeichen, sondern diese theilten nach Verhältniß ihrer Forderungen, während nach §. 14 die Nummern in der I. Klasse wieder als Rangordnung zu gelten hatten.

sicherungsanstalt muß nicht warten, bis die Kirche befriedigt ist, u. s. w. Auch das Alter der Forderung hat nicht in Betracht zu kommen[10]); wäre also z. B. der Gemeinschuldner seinem Sohne aus der Vermögensverwaltung am 1. Juli 1880 die Summe von 10,000 Mark schuldig geworden, einem Pflegbefohlenen aber erst am 1. Januar 1882 den Betrag von 5000 Mark, so würde doch, falls 1200 Mark zu vertheilen wären, der Letztere 400 Mark erhalten.

c. (berichtigt).

Diese Berichtigung erfolgt für die unter Ziffer 6 gestellten Forderungen im Wege der Vertheilung; dagegen kann die Tilgung von Forderungen der in Ziff. 1 bis 5 einschlüssig bezeichneten Art auch unabhängig von Vertheilungen durch Wegzahlung erfolgen, worüber §. 157 nähere Direktiven ertheilt.

Was nun die einzelnen Gruppen von Forderungen betrifft, so ist zu denselben Folgendes zu bemerken:

ad. 1. Das Vorrecht des Liedlohnes ist ein in allen Rechten[11]) anerkanntes[12]).

I. Subjekt desselben ist nach der KO. eine „Person, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauerndem Dienste verbungen hatte". Diese Definition steht also im Einklange mit dem in §. 19 der KO. gebrauchten Ausdrucke und kann daher auf die Erläuterungen zu diesem Paragraphen (vgl. oben S. 273[13]) verwiesen werden. Die Bezeichnung umfaßt nicht blos das „gebrödete Gesinde" (wie solches nach bisherigem Bayerischem Rechte der Fall war[14]),

10) Wie nach bisherigem Bayerischen Rechte hinsichtlich gewisser Forderungen; vgl. §. 22 der Pr.-O.

11) Im Gemeinen Rechte ist es aus den Deutschen Rechtsbüchern rezipirt.

12) „Die auf solche Dienstverhältnisse angewiesenen Personen müssen sich verdingen, ohne daß sie in der Lage sind, ihre Forderung sicher zu stellen. In der Regel gestatten ihnen die Gesetze bei einmaligem Ausbleiben der Lohnzahlung nicht, den Dienst sofort zu verlassen. Entweder müssen sie zuvor kündigen und die Kündigungszeit — oft also noch einen Zahlungstermin — abwarten, oder zuvor die gerichtliche Hülfe in Anspruch nehmen. Immer aber erschwert die Natur des Dienstverhältnisses, während der Dauer desselben den Weg der Klage gegen den Dienstherrn zu beschreiten." (Motive.)

13) Hinsichtlich der Frage, ob Dienste, die an die Person des Gemeinschuldners geknüpft sind, überhaupt vom Konkurse betroffen werden, wird von Hullmann, Erl. S. 203 ff. gegen v. Sarwey polemisirt, welcher indessen darauf ausführlich S. (406) 486 fl. erwidert. Jedenfalls kann auch ein solche Dienste Leistender für etwaigen Rückstand das Vorrecht in Anspruch nehmen.

14) Pr.-Ordg. §. 12 Ziff. 4: „der Liedlohn der verbrödeten Diener des Gemeinschuldners."

sondern alle jene, mit denen ein Dienstvertrag geschlossen war, durch welchen der Dienende seine Thätigkeit[15]) zu dauerndem Dienste auf einen längeren bestimmten Zeitraum oder auf Kündigung verbungen hat[16]). Die Bezeichnung „dem Gemeinschuldner“ ist in weiterem Sinne zu nehmen; der Dienstvertrag muß keineswegs vom Gemeinschuldner abgeschlossen sein; insoweit die Frau nach Herkommen und socialem Gebrauche die Dienstboten einstellt[17]), haben dieselben das Vorrecht gleichfalls anzusprechen. Auch wenn z. B. der im Hause des Vaters wohnende Sohn einen Reitknecht gedungen hatte, der zwar zum speziellen Dienste des jungen Herrn bestimmt bleibt und etwa auch alle Monate von diesem den Lohn ausbezahlt erhält, der aber zum Hausstande der „Familie“ als solcher gehört und der Lohn auf Rechnung des Vaters geht[18]), wird er im Konkurse des Vaters sein Vorrecht beanspruchen können.

Nothwendig ist die Verbingung für den Haushalt u. s. w. des Gemeinschuldners. „Meistens — sagen die Motive — wird mit solchen Dienstverhältnissen eine persönliche Botmäßigkeit unter den Gemeinschuldner bedingt sein, dies ist aber nicht Erforderniß; auch Gesellen, Meister, Fabrikarbeiter, Handlungsgehilfen, Wirthschaftsbeamte, Gärtner, Förster, Schreiber, Sekretäre, u. s. w.[19]) können solche „ständige Bedienstete“ sein[20]). Daß der Be-

15) Die Motive sagen „Erwerbsthätigkeit“. Dies Kriterium ist, wie ich glaube, nur richtig, wenn man das Wort „Erwerb“ auf den Dienenden bezieht; für den Gemeinschuldner aber braucht die Thätigkeit nicht eine auf Erwerb gerichtete zu sein. Hierher gehören also auch Beamte einer Aktiengesellschaft.

16) Das reichsgerichtliche Erkenntniß vom 10. Mai 1881 (Entscheid. Bd. IV S. 423) bemerkt, „auf Werkverdingung erstrecke sich das Vorrecht nicht; wohl aber auf jede Art von locatio conductio operarum.“ So z. B. wird ein von einem Ziegeleibesitzer mit einem Ziegelmeister über Betrieb der Ziegelei geschlossener Vertrag hieher gezogen, wenn auch der Lohn nach dem fertiggestellten Produkte (per 1000 Steine) festgesetzt war.

17) „Das weibliche Gesinde kann allgemeiner Observanz gemäß auch die Ehefrau miethen.“ Gengler, deutsches Privatrecht S. 83.

18) Nicht wenn der Sohn selbständig wohnt und den Reitknecht aus den ihm vom Vater ausgeworfenen Renten bezahlt.

19) Also auch die „Braumeister,“ welchen merkwürdigerweise gerade in Bayern das Vorrecht bestritten werden wollte, vgl. Kreittmayr, Anmerkungen zum Cod. judic. Cap. XX. §. 4 lit. a. Freilich nur, weil man ihre Thätigkeit als zu erhaben ansah und sie mit — den Hofmarks-Richtern auf gleiche Stufe stellte.

20) Die Motive bemerken hier: „Ein Unterschied zwischen operae liberales und illiberales kann heutzutage nicht gemacht werden. Diesem stimme ich nicht zu, vgl. vielmehr oben S. 275.

treffende Wohnung und Kost im Hause des Dienstherrn erhalte, ist, wenn er nur „ständig" bedienstet erscheint, nicht nothwendig; anderseits wenn Jemand nur einzelne oder nur einmalige Leistungen vermiethet, macht der Umstand, daß, so oft er seine Dienste leistet, ihm Kost und sogar Wohnung verabfolgt wird[21]), die Forderung nicht zur bevorrechtigten. Wie die Dienstvergütung stattfindet, ist irrelevant; gewöhnlich allerdings ist der „Dienstlohn" (sei es in jährlichen, monatlichen oder tagesweisen Raten) die Bezahlungsweise solcher Diener, allein die Vergütung kann auch als Pauschalsumme nach Stückarbeit, Antheilen von Gewinn oder in anderer Art bedungen sein[22]).

Daß das Dienstverhältniß zur Zeit der Konkurseröffnung noch bestehe, ist als Voraussetzung im Gesetze nicht aufgenommen.

II. Objekt des Vorrechtes ist „der Lohn, das Kostgeld oder ein anderer Dienstbezug". Unter „Lohn" wird hier auch ein „Honorar", ein „Gehalt" verstanden. Unter „Kostgeld ist auch eine bedungene „Wohnungsentschädigung" begriffen und zwar nicht blos die von vorneherein bedungene Vergütung für Nahrung, für Speise und Trank, sondern auch der Ersatz für die Verköstigung und Wohnung, welche der Dienstherr zu leisten gehabt hätte, welche aber der Dienende selbst bestritten hat[23]). Zu den „anderen Dienstbezügen" rechnen die Motive: Diäten, Livree-, Stamm-, Schießgeld, Tantiemen, De-

---

21) Ein Beispiel sind die „auf die Stör" kommenden Näherinnen, ein alle Frühjahr aus der Stadt zum Gutsherren auf einige Tage kommender Gärtner u. s. w.

22) Vgl. §. 3 des Ges. vom 21. Juni 1869, „die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes betrffd." (RGBl. S. 242). Die Bestimmung des zweiten Absatzes: „Ist die Vergütung mit dem Preise oder Material oder mit dem Ersatze anderer Auslagen in ungetrennter Summe bedungen, so gilt als Vergütung der Betrag, welcher nach Abzug des Preises oder des Werthes der Materialien und nach Abzug der Auslagen übrig bleibt" wird auch hier Anwendung zu finden haben. (Bezold's Erläuterungen hiezu, diese Sammlung Th. I Bd. I S. 124.)

23) Nicht hieher gehört die Forderung des Dritten, welcher als negotiorum gestor dem Dienstboten die Kost gereicht hat. Dagegen würde nach den oben (S 621) gegebenen Darlegungen, auch wenn der Dienstbote seine Forderung dem Dritten abgetreten hat, der Cessionar, wenn er nicht Dienstbote ist, sich des Vorrechtes zu erfreuen haben. Z. B. der Kaufmann A ist mit seinem Personal übereingekommen, daß es auf seine Kosten beim Wirthe B essen soll. In diesem Falle kann B nur dann im Konkurse des A das Vorrecht in Anspruch nehmen, wenn er nicht mit A, sondern mit den bei ihm Essenden kontrahirt hat und diese ihm ihre Ansprüche an A cedirt haben.

putate, auch Weihnachtsgeschenke (ebenso z. B. die hie und da üblichen Meß- oder Dultgeschenke), soferne sie ausdrücklich oder stillschweigend für die Dienstleistung bedungen sind. Andere Ansprüche, wenn sie auch aus dem Dienstverhältnisse entspringen, soferne sie nicht „Dienstbezüge" sind, gehören nicht hieher. Insbesondere sind Schadenersatzansprüche mit dem Vorrechte nicht versehen[24]), und ebenso nicht die Forderungen wegen Auslagen im Dienst. Wenn also z. B. der Bediente eine Schuhmacherrechnung seines Herrn bezahlt hat, oder die Köchin hat vorbehaltlich der Abrechnung die Markteinkäufe aus eigenen Mitteln vorgeschossen, so gehören dieselben in die Reihe der nichtbevorrechtigten Gläubiger. Anders dagegen, wenn die „Auslagen" Mitinhalt des Lohnes sind. Z. B. der Theaterunternehmer Rollenwolf stellt die Frau Nadel als Garderoberin an mit der Verpflichtung alle Costume in Ordnung zu halten, wofür sie monatlich 100 Mark Honorar, 50 Mark für die kleineren Auslagen und je nachdem sie Näherinnen beschäftigt, für jede 25 Mk. Vergütung zugesichert erhält. In diesem Falle ist der Gesammtbezug bevorrechtigt[25]).

III. Der zeitliche Umfang des Vorrechtes beträgt ein Jahr; ein älterer Rückstand wird als nicht bevorrechtigte Forderung behandelt. Dieses Jahr berechnet sich rückwärts von der Konkurseröffnung an; denn was an Lohn u. s. w. nach diesem Zeitpunkte fällig wird, ist überhaupt nicht Konkursforderung. „Entweder — sagen die Motive — sind diese Ansprüche Masseschulden [insoweit der Vertrag gesetzlich noch eine bestimmte Zeit zu erfüllen ist oder von dem Konkursverwalter und dem anderen Theile freiwillig fortgesetzt wurde[26])], oder [sofern das Dienstverhältniß lediglich

24) Bei der Krankenpflege ist zu unterscheiden: war in dem Dienstvertrage neben Kost und Lohn auch Verpflegung in Krankheitsfällen stipulirt, so ist der etwa vom Dienenden selbst bestrittene Aufwand unter die Ziff. 1 des §. 54 zu subsumiren. Dagegen ist außerdem die Auslage für eine, wenn auch durch den Dienst oder durch eine Verschuldung des Dienstherrn eingetretene, Krankheit nicht bevorrechtigt.

25) Das in Note 16 citirte Erkenntniß des RG. hat ausgesprochen: „Wenn auch ein Dienstmiethvertrag im Zweifel von einer persönlichen Dienstverpflichtung des betreffenden Mitkontrahenten zu verstehen ist, so ist es doch keineswegs ausgeschlossen, daß auch Dienste dritter Personen vermiethet werden können. — Die Worte des Gesetzes: „Lohn der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner verdungen haben", müssen auch auf solche Personen bezogen werden, welche sich durch Vermittlung eines Anderen als dessen Gehilfen dem Gemeinschuldner verdungen haben, und es ist gleichgültig, daß diese Gehilfen für ihre Person an den Gemeinschuldner in diesem Falle keinen Anspruch haben."

26) Vgl. auch die Ausführungen oben S. 277.

dem Gemeinschuldner gegenüber fortdauert] es ist der Anspruch nur gegen diesen und in keiner Weise aus der Konkursmasse zu verfolgen." Unter dem „Jahre" versteht das Gesetz nicht das Kalenderjahr[27]), sondern den Zeitraum von 365 Tagen, so daß also, wenn etwa der Konkurs am 15. August 1880 eröffnet wird, in die erste Klasse zu rechnen ist Lohn, Kostgeld und Dienstbezüge, soweit sie für die Zeit bis zum 15. August 1879 rückwärts erwachsen und noch rückständig sind. Ich sage „erwachsen", nicht „fällig"; denn die kontraktlichen Termine kommen hiebei nicht in Betracht. Gesetzt also, die üblichen Dienstziele wären Quartale, und es hätte daher der Diener am 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober je 50 Mark zu empfangen, der betreffende am 15. August 1880 vergantete Gemeinschuldner hätte aber seit Jahren Nichts mehr gezahlt, so könnte der Diener die Quartale für 1. Januar, 1. April und 1. Juli 1880 und dann die Raten pro 15. August 1879 bis 1. Oktober 1879 und pro 1. Juli bis 15. August 1880, also eben vier Quartale in der ersten Klasse liquidiren[28]). Hätte aber der Gemeinschuldner am 1. Januar 1880 noch zum letzten Male bezahlt, so würde der Diener die Quartale vom 1. April und 1. Juli 1880 und noch eine Rate von $1^1/_2$ Monat als bevorrechtete Forderung anzumelden haben. Der Zeitraum verlängert sich indessen, wenn der Konkurs über einen Nachlaß stattfindet[29]). Die Motive[30]) bemerken zwar nur, es trete an die Stelle des Zeitpunktes der Konkurseröffnung der Zeitpunkt des Todes; allein der Lohn, welcher von diesem letzten an bis zur Eröffnung des Konkurses verdient wird, muß doch offenbar des Vorrechtes sich gleichfalls erfreuen. Gesetzt also, der Kaufmann A stirbt am 14. Mai 1881; das Geschäft wird

---

27) Manche Partikulargesetzgebungen sprechen nämlich vom „laufenden Jahre", man könnte also, wenn z. B. der Konkurs am 1. Juli 1880 eröffnet wird, meinen, nur der Lohn, soweit er pro 1880 rückständig sei, erfreue sich des Vorrechtes.

28) Den Rest an Rückständen aber in sechster Klasse.

29) Stirbt der Gemeinschuldner während des Konkurses, so kommt diese Vorschrift nicht in Anwendung, obwohl der Wortlaut des Paragraphen dies zuläßt. Denn dadurch würde ja der Gläubiger verkürzt, was jedenfalls nicht die Absicht des Gesetzes war. Ein Beispiel macht dies sofort klar: A kommt am 1. Juli 1880 in Konkurs und stirbt am 1. Januar 1881. „Das letzte Jahr vor dem Ableben des Gemeinschuldners" (wie §. 54 N. 1 sagt) reicht bis zurück zum 1. Januar 1880; für die Zeit vom 1. Juli 1880 bis 1. Januar 1881 kann nun der Liedlohn, weil der Konkurs schon eröffnet, nicht liquidirt werden, also hätte der Diener effektiv sein Vorrecht nur für ein halbes Jahr.

30) Zum II. E. S. 267.

einstweilen fortgesetzt, allein es stellt sich bei der Verlassenschaftsregulirung heraus, daß eine Ueberschuldung vorliegt und es wird nun am 15. Dezember 1881 der Konkurs über den Nachlaß des A eröffnet. Hier erstreckt sich das Vorrecht auf das Salair des Buchhalters B für die Zeit vom 14. Mai 1880 bis 14. Mai 1881, aber sicherlich auch noch für den Zeitraum vom 14. Mai 1881 bis 15. Dezember 1881[31]).

ad 2. (Vorrecht der Abgaben).

I. Subjekte des Vorrechtes zweiter Klasse sind die Reichskasse, die Staatskassen, die Gemeinden, die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände. Es ist dies das althergebrachte Vorrecht des Fiskus, welches indessen im Gemeinen Rechte und in den meisten Partikularrechten einen viel weiteren Umfang hat, als das in der KO. eingeräumte. Zu bemerken wäre hiebei nur, daß die Bezeichnung „Amts-, Kreis- und Provinzialverbände" nicht als ausschließend, sondern lediglich als exemplifizirend anzusehen ist, daß also z. B. die Distrikts- oder Bezirks-Verbände ebenso hieher gehören; die Motive sagen (zum II. E. S. 256): „Gemeinden, Kreise und ähnliche politische Verbände." In dem politischen Charakter des Verbandes also liegt das Kriterium[32]).

II. Objekt des Vorrechtes sind lediglich „öffentliche Abgaben", diese allerdings ohne Unterschied[33]), ob sie direkte oder indirekte, ordentliche oder außerordentliche sind. Daher gehören hieher der Malzaufschlag, die Maisch-, Rübenzucker- und Tabaksteuer, auch die Stempelgebühren[34]) (auch Wechselstempel und Spielkartenstempel), dagegen nicht das Postporto, weil dieses keinen- (falls als eine vom Staate erhobene Steuer, sondern als Vergütung für eine Leistung die Beförderung des Briefes) sich darstellt. Nicht hieher gehört natürlich, was der Staat nur aus Privatrechtstiteln zu fordern hat, also z. B. die in Folge der Ablösung auf Grund und Boden haftenden Gefälle, als Bodenzins u. dgl. Ebenso sind Abgaben, welche auf den Immobilien selbst ruhen, vor Allem auf diese Immobilien zu verweisen. Nur insofern derartige

31) Ebenso Fitting §. 11 Note 5, Hullmann S. 205, Petersen S. 261, v. Sarwey S. 484, Stieglitz S. 369, Wengler S. 381, v. Wilmowski S. 278.

32) Die sogenannten „Hofkammern" können weder zu den Staatskassen noch zu den politischen Verbänden gerechnet werden, schließen sich aber auch wegen des Objektes des Vorrechtes aus.

33) Ebenso nach der bisher. Bayr. Pr.-O. §. 12 Nr. 6.

34) Nach einem Erk. des Berl. Obertribunals v. 25. November 1873 (Striethorst Bd. 91 S. 85) auch dann, wenn der Stempel nicht von der Partei, sondern z. B. vom Notar erhoben wird, welcher den Betrag von der Partei erhoben, aber nicht abgeliefert hat.

„Grundsteuern" zugleich persönliche Schuldigkeiten des Grundbesitzers sind (was nach Landesrecht zu beurtheilen ist), können sie gleich anderen mit Absonderungsrecht versehenen Forderungen im Konkurse liquidirt werden, auch wenn die Immobilien selbst nicht zur Masse gezogen werden können[35]).

Der Wortlaut „Forderungen wegen öffentlicher Abgaben" zeigt an, daß auch dann das Vorrecht noch begründet ist, wenn nicht mehr die unmittelbare Steuerschuldigkeit aussteht, sondern diese durch Novation (Kreditirung) sich in eine Geldschuld verwandelt hat[36]) (vorausgesetzt natürlich immer, daß sich dadurch der Umfang über die Quote des letzten Jahres nicht erweitert).

Weiter als auf eigentliche „Steuern" besitzt der Fiskus und die ihm gleichstehenden Kassen kein Vorrecht mehr und dies ist eine entschiedene Neuerung. Nicht nur nach Gemeinem Rechte[37]), sondern auch nach den meisten Partikulargesetzen hatten wenigstens wegen der Defekte der Beamten der Staat und die öffentlichen Korporationen ein Vorrecht. Der II. E. hatte als Ziffer 5 und 6 dieses beibehalten, insoweit es sich „um Defekte aus einer vom Gemeinschuldner geführten Kassen- oder sonstigen Vermögensverwaltung handelte". Bei der Berathung[38]) wurden indessen die betreffenden Nummern gestrichen, und zwar in der Erwägung, daß sich der Staat und die übrigen in Frage stehenden Behörden und Stellen durch Kautionen sichern könnten und, falls sie dies unterlassen, den übrigen Gläubigern kein Präjudiz erwachsen darf.

Nicht bevorrechtigt sind: die Gerichtskosten und Gebühren der Behörden, also auch nicht die Taxgefälle. Die Motive führen dies ausdrücklich an und sprechen sich mit aller Schärfe gegen eine legislative Begünstigung dieses fiskalischen Anspruches aus[39]). Auch ist von Seite der ge-

---

35) In diesem Falle besteht aber für dieselben auch kein besonderes Recht. Wenn also die Steuerbehörde unter Verzicht auf ihr Absonderungsrecht die Abgabe im Konkurs liquidirt und bezahlt erhalten hätte, so würde doch nicht (wie Hullmann S. 173 und Stieglitz S. 255 annehmen) die Masse einen Regreß an die Immobiliarmasse haben. Vgl. Fitting §. 11 Note 8. v. Sarwey S. 490.

36) Die Motive stimmen hiemit überein und erörtern (S. 255) ausführlich die Gründe, welche das Gesetz zur Nicht-Ausschließung solcher umgewandelter Steuerschulden bewogen haben.

37) Der Fiskus hat ein Privilegium (in der IV. Klasse) wegen aller Forderungen. Schweppe a. a. O. S. 153.

38) K. Prt. S. 52.

39) Zum II. E. S. 258. „Kein Vorrecht des Fiskus ist so drückend, wie das wegen der Kosten." Der alte Leyser in seinen meditationibus (spec. 480)

setzgebenden Faktoren bei den Berathungen nicht der mindeste Einwand hiegegen gemacht worden. Demohngeachtet wird dieser Satz bestritten. Die Praxis des Bayerischen obersten Gerichtshofes[40]) hat sich auf die entgegengesetzte Ansicht fixirt. Es wird bei den desfallsigen Erkenntnissen betont, daß weder die Motive noch der Hinblick auf die Pr. KO. ins Gewicht fallen können, nachdem das Gesetz allen öffentlichen Abgaben das Vorrecht einräumen, die Frage aber war als „öffentliche Abgabe" zu erachten, nach den betreffenden Steuergesetzen zu entscheiden sei. Nun erkläre aber das Reichsgerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878 (in den Motiven) die Gebühren für Ausübung der Rechtspflege als Abgaben nnd deren Erhebung solcher Gebühren von den Rechtssuchenden als eine Besteuerung und ebenso seien (in den Bayerischen Landesgesetzen) die Gebühren für die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausdrücklich als „öffentliche Abgaben" anerkannt[41]).

III. Der Umfang des Vorrechtes erstreckt sich auf das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung, und zwar ist auch der Fall des Konkurses über einen Nachlaß hier nicht ausgenommen[42]). Nur die innerhalb des der Konkurseröffnung vorausgehenden Jahres fällig werdenden Steuern sind bevorrechtet; da aber die Zahlungspflicht aus Rücksicht für die Pflichtigen häufig später erst eintritt[43]), ist durch den Zusatz im Gesetze: „oder nach

---

nennt dasselbe: „Scyllam et Charybdim, woran bereits mehr Gläubiger als Schiffe im sicilianischen Meere gescheitert sind."

40) Vgl. die in Busch Zeitschrift für Civilprozeß Bd. VI S. 112 ff. abgedruckten Erkenntnisse des Oberlandesgerichtes und des obersten Gerichtshofes zu München. Das Landgericht München I hatte anders entschieden. Vgl. Bd. II S. 439 ff.

41) Das Vorrecht der Gerichtskosten und Gebühren wird verneint von Fitting §. 11 Note 8 u. E. und v. Wilmowski S. 279 und 280. Stieglitz S. 371 beschränkt die Verneinung des Vorrechts auf die im Reichsgerichtskostengesetz normirten Gebühren, während bei allen sonstigen das Landesrecht zu entscheiden habe, ob sie als „öffentliche Abgaben" anzusehen seien oder nicht. Hullmann, Mandry, Meisner, Meves, v. Sarwey und Wengler sprechen sich über die Frage nicht speziell aus.

42) Die Pr. KO §. 74 hatte auch für diese Forderungen diese Begünstigung, daß in solchem Falle das Jahr vom Tode des Gemeinschuldners zurückgerechnet werden solle.

43) Die Motive führen als Beispiel an: „nach §. 5 des Zollvereinsgesetzes v. 26. Mai 1868 wird die von dem Inhaber eines mit Tabak bebauten Feldes zu entrichtende Steuer existent mit der im August jeden Jahres erfolgenden Feststellung des Steuerbetrages, fällig aber erst nach der Ernte, zu einer Hälfte im Dezember derselben, zur anderen Hälfte im April des folgenden Jahres."

§. 58 der KO. als fällig gelten" die Zeit erweitert. Fraglich könnte sein, ob in solchem Falle auch Zwischenzinsen (nach §. 58 Abs. 2) abzurechnen sind, oder, nachdem das Gesetz diesen Absatz nicht erwähnt, ausdrücklich die sofortige Fälligkeit für diesen Fall fingirt erscheine. Allein es wird richtiger sein, es bei der Regel zu belassen und auch hier das Interusurium abzuziehen[44]). Vorausgesetzt wird natürlich, daß zur Zeit der Konkurseröffnung die Abgabe bereits erwachsen ist, da sonst die Vorbedingung des §. 2 der KO. überhaupt fehlt. Wenn also z. B. der Gemeinschuldner einen Hund besitzt, und er hat die Steuer für denselben bei der letzten Visitation z. B. am 1. Juli bezahlt, so kann die Abgabe für künftigen 1. Januar, wenn der Konkurs am 15. Oktober ausbricht, überhaupt nicht liquidirt werden, denn diese Forderung ist erst am 1. Januar selbst begründet.

Als besondere Ausdehnung des Umfanges erscheint ferner die Schlußbestimmung der Ziffer 2, daß sich das Vorrecht auch auf die vom Steuereinheber[45]) geleisteten Vorschüsse erstreckt[46]).

ad 3. (Vorrecht der Kirchen, Schulen u. s. w.)

I. Die Subjekte des Vorrechtes dritter Klasse sind 1) die Kirchen, und zwar ohne Rücksicht auf Konfession[47]), das heißt alle nach Landesrecht

---

desgleichen können für die Rübenzuckersteuer, für den Malzaufschlag, die Maischsteuer u. s. w. nach den Steuergesetzen von den Steuerbehörden Zahlungsfristen bewilligt werden."

44) Ebenso Fitting §. 11 Note 7, v. Wilmowski S. 280. Ich hatte in der ersten Auflage die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt und es ließe sich für dieselbe noch anführen, daß die Stundung eine Vergünstigung sei und nur im Interesse des Geschäftsbetriebes der Begünstigten gewährt werde, welche Rücksichten bei einem Gantirer wegfallen. Indessen muß ich zugeben, daß in dem Citat des §. 58 der Absatz 2 dieses Paragraphen implizite mit citirt erscheint, weshalb so, wie das Gesetz jetzt lautet, die oben vertretene Ansicht die richtigere sein dürfte. Auch das in Note 3 bereits bemerkte reichsgerichtliche Erkenntniß vom 24. November 1880 spricht sich dahin aus: solche Kredite seien als „betagte" Forderung zu behandeln.

45) Der Name ist hier „Schall", mag der Mann „Vorgeher", „Einnehmer" oder sonst wie heißen, er bleibt privilegirt, nur muß er eine „dienstliche Person" sein. Wenn dagegen der Hans Adam für seinen zufällig abwesenden Bruder Christoph Adam die Steuer gezahlt hat, genießt er kein Vorrecht.

46) Der Antrag, diese Ausdehnung zu beseitigen, wurde abgelehnt, vgl. K. Prt. S. 49.

47) Ich brauche hier auf die Kontroverse, ob nur christliche Kirchen gemeint sind, [bejaht von einem Erkenntnisse des Berliner Obertribunales vom 4. Juli 1871 (Entsch. Bd. 65 S. 440), verneint von Hullmann a. a. O. (S. 206)], deshalb nicht einzugehen, weil die israelitischen Gemeinden wenn

anerkannten Religionsgemeinschaften[48]); 2) die Schulen, jedoch nur die öffentlichen Schulen[49]), in diesem Falle aber ohne Unterschied, ob sie staatliche oder gemeindliche Institute sind und im letzteren Falle, ob sie auf dem Gemeindeetat stehen oder auf Rechnung eigener Schulverbände geführt werden; 3) die öffentlichen Verbände, wozu z. B. die landschaftlichen Kreditverbände, Wege-, Deich-, und Uferschutz-Genossenschaften, Meliorations- und Ortsarmenverbände[50]) und ähnliche[51]) gehören. Dagegen sind bloße Gesellschaften und Vereine, sofern sie nicht als öffentliche Verbände erscheinen, auch wenn sie öffentliche Interessen vertreten, nicht hieher zu rechnen. Rückständige Beiträge zur Kasse der freiwilligen Feuerwehr, des Oratorien-Vereines, des Vereins für freiwillige Armenpflege, des Kunstvereins u. dgl. werden demnach nicht in der dritten Klasse zu liquidiren sein[52]). Selbst die Anerkennung als Korporation, als moralische Person genügt nicht. Milde Stiftungen, gemeinnützige Anstalten, auch wenn diese unter der Autorität des Staates bestehen, sollen — wie die Motive (zum II. E. S. 256) ausdrücklich aufführen — eines Vorrechtes sich nicht mehr erfreuen. Es bedarf indessen dieser Satz einer besonderen Erläuterung für Krankenhausbeiträge und Leichenkosten. Wo — wie z. B. in Bayern — die Krankenhäuser unmittelbare Gemeindesache sind[53]) und gewisse Klassen von Personen, auch wenn sie nicht krank sind, zu bestimmten wöchentlichen oder monatlichen Beiträgen gesetzlich verpflichtet sind, müssen diese Beiträge offenbar als „nach

---

nicht als „Kirchen“, so doch als „öffentliche Verbände“ anzusehen sind und daher jedenfalls das Vorrecht in dritter Klasse genießen. Ebenso v. Wilmowski, S. (177) 280 und theilweise auch v. Sarwey S. 410.

48) Fitting §. 11 Note 9 fügt bei „als öffentliche Korporationen anerkannten.“

49) Der Umstand, ob der Schulbesuch obligatorisch ist oder nicht, entscheidet nicht, nur der Charakter der Schule, ob sie eine öffentliche oder Privatanstalt ist. Wenn daher der Staat oder eine Gemeinde nicht als politische Korporation, sondern als Vermögensinhaber eine Schule unterhalten, genießen sie für ihre desfallsigen Forderungen ein Vorrecht nicht. Ich glaube daher nicht, daß die für Zöglinge in Instituten (wenn diese auch „königliche“ oder von einer Gemeinde unterhaltene sind) zu zahlenden Pensionen unter das Vorrecht der Ziffer 3 subsumirt werden können.

50) Dahin gehören, wie erwähnt, alle vom Staate anerkannten Religionsgesellschaften.

51) Z. B. Anwalts- und Notariatskammer.

52) Ebenso Petersen S. 265, v. Sarwey S. 493; die v. Wilmowski S. 281 ausgeschlossenen Innungen rechne ich zu den „öffentlichen Verbänden“ und zwar auf Grund des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1883 bez. der Gewerbeordnung Tit. VI.

53) Der Orts-, Distrikts- oder Kreisgemeinde.

Gesetz zu entrichtende Leistungen an einen öffentlichen Verband" angesehen werden, und solche Beiträge sind in dritter Klasse zu lociren [54]). Dagegen greift das Vorrecht nicht Platz, wenn das (von der Gemeinde verwaltete) Krankenhaus Kurkosten für eine stattgehabte Verpflegung zu fordern hat. Was die Leichenkosten [55]) betrifft, so wollte das Gesetz, wie aus den Motiven hervorgeht [56]), das Privilegium der Begräbnißkosten allerdings beseitigen. Allein es kommt, wenigstens in einigen Ländern, die Einrichtung vor, daß die Begräbnisse von Seite der öffentlichen Behörden vollzogen und gewisse festbestimmte Gebühren hiefür theils für die Gemeinde-, theils für die Kirchenkasse erhoben werden. Ich kann durchaus nicht einsehen, wie man diese Beträge anders klassifiziren könnte, denn als „nach Gesetz und Verfassung zu entrichtende Abgaben." Ich glaube daher, daß z. B. in München die dem Magistrate zu zahlenden Leichenkosten nach wie vor bevorrechtigt sind.

Als ferneres Subjekt des Vorrechtes in der dritten Klasse bezeichnet das Gesetz 4) die öffentlichen zur Annahme der Versicherung verpflichteten Feuerversicherungsanstalten [57]).

Ob die Anstalten auf festen Prämien oder auf Gegenseitigkeit beruhen, ist ebenso irrelevant als der Umstand, ob sie Immobiliar- oder Mobiliarversicherungen [58]) sind, wenn sie nur als öffentliche Anstalten und nicht als Privatgesellschaften sich charakterisiren, und überdies die Annahme der Versicherten nicht in ihrer freien Willkür liegt, sondern sie dazu verpflichtet sind [59]). Eine analoge Anwendung auf andere als Feuerversicherungsanstalten findet nicht statt [60]).

II. Objekt des Vorrechtes dritter Klasse sind „Abgaben und Leistungen", wenn diese nach „Gesetz oder Verfassung" zu entrichten sind. Es muß also die Entrichtung eine gesetzlich oder verfassungsgemäß veranlaßte sein.

---

54) Und auch Seitens der hiefür civilverhafteten Herrschaft.

55) Soferne sie vor der Konkurseröffnung erwachsen sind; wegen des Begräbnisses eines während des Verfahrens verstorbenen Gemeinschuldners siehe oben S. 521.

56) Zum II. E. S. 256 und 257.

57) Hierüber wurde bei der Berathung viel debattirt, vgl. K. Prt. S. 49, 50, 51 und 52, dann S. 150, 151 und 152.

58) Allerdings wird es nur wenige „öffentliche" Mobiliarversicherungen geben.

59) Ein Anderes ist das Merkmal der „Zwangsversicherung"; daß sämmtliche Besitzer verpflichtet sein müssen, sich zu versichern, ist nicht verlangt, nur daß die Anstalt den sich Meldenden nicht abweisen darf.

60) Wenn also auch irgendwo eine zur Annahme jedes Grundbesitzers verpflichtete Hagelversicherungsgesellschaft bestände, so kann diese doch das Vorrecht nicht in Anspruch nehmen.

Unter „Verfassung" ist die Verfassung des Verbandes, also Statuten, Ordnungen, Beschlüsse der zuständigen Organe u. s. w. zu verstehen. Auch durch Herkommen[61]) oder feststehenden Gebrauch kann die Leistung sanktionirt sein. Der Umstand allein, daß die Abgabe oder Leistung selbst gesetzlich oder nach der Verfassung des Verbandes normirt ist, genügt nicht, wenn die Pflicht zur Entrichtung auf einem Kontrakt (Quasikontrakt) oder Delikt (Quasidelikt) beruht. Gesetzt also auch z. B., es ist in den Schulstatuten festgesetzt, daß für ein zerbrochenes Tintenfaß jedesmal 50 Pfennige zu vergüten sind, so ist doch die Forderung an den Vater des Schulkindes, welches ein Tintenfaß umgeschüttet und zerschlagen hat, nicht unter den §. 54 Ziff. 3 zu stellen, wohl aber, wenn neben dem Schulgelde monatlich 50 Pfennige „Tintengeld" zu entrichten wäre. Andererseits genügt es, wenn die „Entrichtung" eine gesetzlich festgestellte ist, der Beitritt zum Verbande mag gezwungen oder freiwillig sein. An wen die Leistung zu erfolgen hat, ob an eine Kasse oder an den Beamten oder Bediensteten selbst, macht keinen Unterschied[62]), sofern nur die Leistung eine an den Verband und nicht an die Person des Empfängers zu machende bleibt. Ich rechne zu den ersteren z. B. die Stolgebühren[63]), denn diese erhält die Kirche und überläßt sie nur theilweise dem Pfarrer besoldungsweise; zu den letzteren dagegen die sog. Beichtgelder (welche eine persönliche und vom Belieben des Pfarrkindes abhängende Gratifikation bilden), die Kollegiengelder der Universitätsprofessoren, welche nicht der Anstalt, sondern dem Lehrer zukommen u. dgl.

Unter die „Leistungen" sind, wo sie noch vorkommen, auch „Naturalleistungen" z. B. Frohndienste[64]) zu rechnen, welche aber natürlich in Anwendung des §. 62 der KO. vorerst in Geld zu schätzen sind.

ad 4.

I. In der vierten Klasse erscheinen als bevorrechtigt: Aerzte, Wundärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger. Offenbar ist hiemit nicht die „faktische" Ausübung der hier genannten Thätigkeit gemeint, sondern die bezeichneten Personen kommen nur insoweit in Betracht, als sie nach den bestehenden Gesetzen zur Ausübung der betreffenden Thätigkeit berechtigt sind[65]). „Wunderdoktoren", „Magnetiseure" und ähnliche

---

61) v. Sarwey S. (413) 494.

62) Hullmann S. 207.

63) Ebenso Fitting §. 11 Note 11, Hullmann S. 207, Wengler S. 384, anderer Ansicht Petersen S. 266, v. Sarwey S. 495, Stieglitz S. 375, v. Wilmowski S. 381.

64) Parochialfrohnen (v. Sarwey).

65) Dies geht schon daraus hervor, wie das Vorrecht motivirt wird. „Sitte und Menschlichkeit verbieten den zur Hülfe von Kranken gerufenen Per-

Personen, die ohne staatliche Gestattung vom Leben zum Tode befördern, sind ausgeschlossen, auch schon deshalb, weil ihnen keine „taxmäßige Gebührniß" zukommt.

Als „Aerzte" bezeichnet der §. 29 der Gewerbeordnung (in einer Klammer): „Wundärzte, Augenärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte und Thierärzte." Geht nun aus dem Umstande, daß der §. 54 Ziff. 4 von diesen verschiedenen Kategorien nur die „Wundärzte" erwähnt, hervor, daß die übrigen Kategorien ausgeschlossen sein sollen? Ich glaube nicht[66]; mir scheint vielmehr, die spezielle Erwähnung der „Wundärzte" ist aus der Pr. KO. und der Bayer. Pr.-O. §. 12 Note 2 herübergenommen[67], ohne daß man sich daran erinnerte, daß die Gewerbeordnung eine andere Nomenklatur enthält. Von Ammen gehört die „Hebamme" hieher, die „Schenk-Amme" unter Ziff. 1. „Krankenpfleger" ist nicht Jeder, der einen Kranken pflegt, sondern nur Personen, welche aus der Wart und Pflege von Kranken Profession machen[68]; auch „Diakonissinen", „Barmherzige Schwestern", „Irrenwärter" u. s. w. gehören hieher. Wenn aber eine Privatperson den Gemeinschuldner in seiner Krankheit gepflegt hat, so kann sie eine — immerhin zulässige — Vergütung für Arbeit und Zeitverhältniß schon darum nicht nach §. 54 Ziff. 4 liquidiren, weil die „taxmäßige Gebührniß" fehlt.

II. Objekt des Vorrechtes sind die „Kur- und Pflegekosten". Das Gesetz sagt nicht, daß es der Gemeinschuldner selbst gewesen sein müsse, für welchen die Kosten erwachsen; wie weit aber der Kreis sich erstreckt, auf welchen das Privileg Anwendung findet, ist bestritten[69]. Die bisherige

---

sonen, ihre Hilfleistung davon abhängig zu machen, ob der Kranke dieselbe sofort zu vergüten oder die Vergütung sicher zu stellen vermag. Zudem weiß Jedermann, daß in einer Haushaltung hin und wieder Krankheiten eintreten und Aufwendungen veranlassen. Das fragliche Vorrecht ist sonach auch erkennbar, und während der Umfang desselben von großer Erheblichkeit für die Berechtigten ist, kommt es für die zurückgesetzten Gläubiger kaum in Betracht."

66) Ebenso Petersen S. 266. Meves a. a. O. S. 83 und Meisner S. 228 schließen die Thierärzte und Zahnärzte aus, Fitting S. 98 Note 12 nur die ersteren.

67) „Wundärzte" waren und sind noch in manchen Gegenden Deutschlands eine niedere Stufe von Medicinalpersonen; sie waren häufig nicht graduirte Doktoren.

68) Daß sie die nach §. 30 der Gewerbeordnung in gewissen Fällen nöthige Concession besitzen, ist aber nicht nöthig.

69) Fuchs S. 75, Hullmann S. 207, Stieglitz S. 376, Wengler S. 385 wollen den Standpunkt der früheren Preußischen Praxis festhalten.

Preußische Praxis gewährt das Vorrecht für die Forderung in Ansehung aller Personen, denen der Gemeinschuldner Unterhalt und Behandlung in Krankheitsfällen zu gewähren hat[70]), und ein Erkenntniß des Stadtgerichtes Berlin[71]) erklärt die zur Bildung von Krankenkassen verpflichteten Eisenbahngesellschaften den Aerzten und Bediensteten gegenüber direkt verhaftet und das Vorrecht für deren Ansprüche der Gesellschaft gegenüber begründet. Ich möchte[72]) einen Schritt weiter gehen und annehmen, daß, soferne eine Forderung dieser Art dem Gemeinschuldner gegenüber überhaupt besteht, ohne Rücksicht auf die Person des Verpflegten dieselbe auch das Vorrecht genießt. Um nun den Gemeinschuldner verpflichtet erachten zu können, muß natürlich irgend eine Beziehung desselben zur verpflegten Person bestehen; es ist aber hiebei ganz einerlei, ob der Grund der Verpflichtung in einem vom Gemeinschuldner ertheilten Auftrage oder in einer für ihn geführten negotiorum gestio gelegen ist. Wenn die Frau des späteren Gemeinschuldners während seiner Abwesenheit in das Kindbett gekommen ist[73]) und die Hebamme wurde gerufen, so kann sie das Vorrecht geltend machen, weil der Mann offenbar ihr für die Bezahlung haftet. Auch das Wort „Person" ist nicht strengstens zu nehmen. Denn der Thierarzt, welcher meinen Amihund behandelte, hätte (obwohl außer mir selbst wohl Niemand im Ami eine „Person" erblickt) seine Deserviten (wenn ich sie ihm nicht schon längst bezahlt hätte) in meiner — hoffentlich nicht eintretenden — Gant sicherlich liquidiren können.

Dagegen ist der Ausdruck: „Kur- und Pflegekosten" strengstens zu interpretiren. Wenn ein „Wundarzt" zur Ader läßt oder schröpft[74]), so genießt sein Deservit hiefür das Vorrecht; wenn er aber den Bart scheert oder Haare schneidet, nicht[75]). Zu den „Kurkosten" gehören indessen nicht blos die eigentlichen ärztlichen Hilfeleistungen, als z. B. Operationen und Rezeptirung, sondern auch der bloße Besuch. Dispensirt der Arzt (wie auf dem Lande geschieht) selbst Arzneien, so genießt die Forderung hiefür das

---

70) Bayer. Pr.-O. §. 12 Nr. 2: „wegen Krankheit des Schuldners und seiner Familie."

71) Citirt von v. Wilmowski S. (178) 282.

72) Mit Fitting §. 11 Note 16, Meisner S. 228, Petersen S. 267 und v. Sarwey S. (414) 496.

73) Natürlich nicht, wenn etwa die Frau vom Manne getrennt lebt oder gar geschieden ist.

74) Häufig sind nämlich die „Wundärzte" niederer Kategorie zugleich „Bader".

75) Das Exstirpiren von Leichdornen oder Hühneraugen steht auf der Gränze; ich glaube aber, die mit solchen Naturexcessen Behafteten sehen das Ausschneiden, wenn sie vorher recht Schmerzen hatten, mit Vergnügen als „Kur" an.

Vorrecht [76]), nicht aber, wenn der Arzt einen Gegenstand liefert, der keine „Arznei" ist. Ich glaube nicht, daß der Zahnarzt die Forderung für ein künstliches Gebiß, der Augenarzt für ein eingesetztes Auge, der Chirurg für eine Streckmaschine u. dgl. unter Ziff. 4 subsumiren kann [77]). Es kommt nun bei Medizinalpersonen, insbesondere bei Irrenärzten und Hebammen, häufig vor, daß Patienten in das Haus aufgenommen und förmlich verpflegt werden. In diesem Falle erstreckt sich um so mehr das Vorrecht auf den Betrag der gesammten Verpflegung, als ein solches Unternehmen nach §. 30 der Gewerbeordnung concessionirt sein muß und daher wohl auch Taxen haben wird. Indessen nur die eigentliche Verpflegung kann in Betracht kommen; die Forderung für ein vom Kranken ruinirtes Bett oder für eine demselben vom Inhaber der Anstalt gelieferte Bettjacke würden sicher nicht hieher zu zählen sein.

III. Das Vorrecht umfaßt alle Forderungen der vorbezeichneten Art aus dem letzten Jahre, das ist aus den letzten 365 Tagen vor der Konkurseröffnung. Es ist nicht nothwendig, daß der Gemeinschuldner an der Krankheit stirbt [wie dies gemeinrechtlich angenommen wird [78])]. Anderseits aber verlängert sich auch in diesem Falle nicht der Termin; wäre also z. B. der Gemeinschuldner am 1. Janunr 1880 erkrankt und am 1. Juli 1880 mit Tod abgegangen, die Regulirung des Nachlasses würde sich aber so lange verzögern, daß der Konkurs über denselben erst am 1. März 1881 eröffnet werden könnte, so würden die Deserviten des Arztes und die vom Apotheker gelieferten Arzneien für die Zeit vom 1. Januar bis 1. März 1880 des Vorrechtes sich nicht mehr erfreuen. Der Umfang des Vorrechtes geht ferner nur auf den Betrag der taxmäßigen Gebührnisse. Ich folgere hieraus, daß nur diejenigen Gebühren in die vierte Klasse fallen, für welche eine Taxe besteht [79]). Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Forderung

---

76) Der Arzt ist dann gleichsam „Apotheker".

77) Noch weniger kann — was im früheren Rechte angenommen wurde (vgl. z. B. Uebersicht und Prüfung der Gesetze über die Ordnung der Gläubiger, Stuttgart 1821 S. 162) — der Lohn des Eilboten zum Arzte hieher gehören. Die Reisekosten des Arztes zum Kranken würde ich aber natürlich hieher zählen, ebenso wie die Kosten des Telegrammes, mit welchem er die Stunde seiner Ankunft anzeigt u. dgl.

78) Man möchte beinahe glauben, das Gemeine Recht habe den gar nicht als richtigen Doktor angesehen, der seinen Patienten nicht „zu todt curirt."

79) Ebenso Stieglitz S. 376. Anderer Ansicht Fitting §. 11 Note 15, Meisner S. 227 Note 24, Petersen S. 267, v. Sarwey S. (415) 496, Wilmowski S. 282. Die Genannten wollen zwar das Vorrecht nicht auf diejenigen Gebühren beschränkt wissen, für welche eine Taxe be-

stets in dieser Form zu liquidiren ist. Wenn ich mit meinem Hausarzte eine jährliche Pauschalsumme akkordirt habe, so kann dieser allerdings einfach dieselbe als sein Deservit anmelden. Der Verwalter oder die Gläubiger mögen dann dieselbe als die taxmäßige Gebühr überschreitend anfechten.

ad 5. Vorrecht der Kinder und Mündel.

I. In der fünften Klasse erscheinen die Kinder und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners als Subjekte des Vorrechtes [80]). Unter „Kindern" sind sowohl die ehelichen wie die unehelichen, die Adoptivkinder und die Arrogirten [81]) zu verstehen, ebenso die Stiefkinder [82]) und die Kinder aus einer Ehe zur linken Hand; unter „Pflegebefohlenen" die Mündel und Kuranden, sei es, daß die Kuratel wegen Abwesenheit, Verschwendung oder Geisteskrankheit eingeleitet ist. „Pflegekinder" kommen nur insofern in Betracht, als der Pflegevater Vormund oder Kurator ist. [83])

II. Schwieriger ist das Objekt des Vorrechtes zu erläutern, welches das Gesetz den „Forderungen in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung des Gemeinschuldners unterworfenen Vermögens" gewährt. Als Voraussetzung erscheint vor Allem, daß der Gemeinschuldner „die Verwaltung des Vermögens kraft des Gesetzes, in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Verfügungsunfähigen oder als gesetzlicher Nutzungsberechtigter zu führen hatte". (Motive.) Weshalb er Vertreter ist, ob er durch das Gesetz ernannt oder erwählt oder testamentarisch bestellt erscheint, ist ohne Einfluß, wenn nur die Verwaltung ihm als Vertreter gesetzlich gebührt. Das Vorrecht

---

steht, wohl aber „limitire die Taxe, wo eine solche besteht, den privilegirten Forderungsbetrag". Es seien im Uebrigen die „üblichen Belohnungen" gemeint und habe im Falle des Nichtbestehens einer Taxe das Ermäßigungsrecht auf Grund gutachtlicher Aeußerung von Sachverständigen einzutreten.

80) Die Motivirung dieses Vorrechtes ist hinsichtlich seiner Beschränkung nicht sehr überzeugend, vgl. Motive zum I. E. Bd. I S. 340 ff.

81) Natürlich wird immer, wie unten erörtert werden wird, vorausgesetzt, daß das Vermögen dieser Kinder durch gesetzliche Vorschrift in die Verwaltung des Adoptiv- oder Stiefvaters gekommen ist, also nicht, wenn (wie nach Pr. LR. Thl. II Tit. 2 §. 694) der annehmende Vater über das Vermögen des angenommenen Kindes die Rechte des natürlichen Vaters nicht erlangt.

82) Unter die „Kinder" gehören nicht (v. Wilmowski S. 283) nur die Deszendenten ersten Grades. Es wäre kein Grund zu denken, das Vorrecht dem Enkel zu entziehen, wenn dessen Vermögen gesetzlich der Verwaltung des Großvaters unterworfen ist. Dieses letztere Moment ist natürlich vorausgesetzt und wo daselbe nicht eintritt, fällt auch das Vorrecht fort, soferne der Enkel nicht etwa als „Pflegbefohlener" erscheint.

83) Vgl. unten Note 89.

besteht also nicht [84]), wenn Jemand das Vermögen eines Kindes oder Dispositionsunfähigen faktisch an sich genommen hat, ebenso dann nicht, wenn z. B. ein großjähriges Hauskind dem Vater sein freies Vermögen anvertraut oder ein Testator oder Schenkgeber dem Vater die Nutznießung und Verwaltung, welche ihm ohne solche Verfügung nicht [85]) zustehen würde, bestimmt hat. Dagegen ist hinwiederum das Vorrecht auch dann begründet, wenn die Verwaltung gesetzlich zu führen war, aber thatsächlich nicht geführt wurde [86]).

Hieraus ergeben sich folgende Anwendungen für einzelne praktische Fälle:

A. Soweit hinsichtlich des Vermögens eines Bevormundeten oder unter Kuratel Stehenden die Sicherung durch gerichtliche Deponirung aller Werthpapiere besteht [87]), wird sich die Frage des Vorrechtes wohl nur für die jährlichen Zinsenbeträge und sodann etwa für jene Fälle ergeben, in denen der Vormund oder Kurator die aus dem Nachlasse der Eltern oder sonstwie empfangenen Werthe nicht abgeliefert, oder wenn er die behufs Umtausch, Neuanlage oder sonstwie aus dem Gerichtsdepositorium zurückerhaltenen Gelder, Papiere u. s. w. ungehörig in Händen behalten hat. Ich glaube, daß in allen diesen Fällen das Vorrecht Platz greift; denn es ist das betreffende Vermögensstück jedesmal in Folge des „Gesetzes" der Verwaltung oder der einzelnen Verwaltungshandlung des Vormundes oder Kurators unterworfen; wenn derselbe auch unrechtmäßig und eigenmächtig sich den be-

---

84) Nach den Motiven.

85) Wenn daher die Verwaltung schon durch Gesetz dem Vater zusteht, macht die Verfügung im Testamente das Vorrecht nicht hinfällig. Dagegen kann ich das Erk. des Berliner Obertribunals vom 19. Juli 1860 (Striethorst Bd. 38 S. 54), — welches ausspricht, daß das Vorrecht nicht begründet sei hinsichtlich eines auf die Kinder des Gemeinschuldners vererbten Vermögens, welches durch rechtsgültige testamentarische Verfügung seiner Verwaltung entzogen gewesen war, aber durch irrthümliches Verfahren der obervormundschaftlichen Behörde ihm zur Verwaltung ausgeantwortet worden ist, — zwar auf Grund des §. 80 der Pr. KO. gerechtfertigt erachten, nach der jetzigen Fassung der KO. aber nicht mehr für zutreffend halten. Denn durch eine von der Obervormundschaftsbehörde dem Vater übertragene Verwaltung wird das Vermögen dieser Verwaltung „gesetzlich unterworfen", das Kind kann dagegen Nichts machen und es wäre doch höchst unbillig, einen Irrthum der Behörde an demjenigen ausgehen zu lassen, der Nichts dagegen machen kann.

86) Vorausgesetzt in diesem Falle, daß in irgend einer Weise eine Forderung aus der Vermögensverwaltung gegen den Vater bestehen sollte, was schwer zu konstruiren ist.

87) Wie z. B. im diesseitigen Bayern der Fall ist.

dem maßgebenden bürgerlichen Rechte [z. B. Fränkische Land.-Ord. Thl. III Cap. 96 §§. 1—4][93]) die Consolidation des Vermögens eintritt, denn in diesem Falle haben die Kinder am Gemeingute kein anderes Anrecht als die Forderung auf Unterhalt, Ausstattung und Pflichttheil; es liegt also kein Vermögen vor, das ihnen gehört und das in der Verwaltung des Ueberlebenden wäre. Zweifel aber erregt die sog. prorogirte Gütergemeinschaft, weil man hier sagen kann (v. Sarwey), „daß die Kinder nur die Rechte des vorverstorbenen Aszendenten fortsetzen". Da aber bei den Berathungen der KO.[94]) anerkannt wurde, daß allerdings die Kinder ein Vorzugsrecht haben können, obwohl dem Elterntheile, von dem sie ihr Recht ableiten, ein solches nicht zugestanden wäre, nachdem ferner die Befugnisse des überlebenden Ehegatten richtig aufgefaßt sich nicht wohl anders denn als eine cura über die Kinder[95]) darstellen, diesen letzteren aber nicht blos eine Anwartschaft, sondern wenigstens ein ideeller Antheil am Gesammtvermögen wirklich bereits zusteht, den sie vom Gesetze gezwungen[96]) in den Händen des Ueberlebenden lassen müssen, so bin ich der Meinung, daß sich das Vorrecht der Kinder auch auf diese Fälle erstreckt.

D. Objekt des Vorzugsrechtes der fünften Klasse sind wie bemerkt alle Forderungen „in Ansehung" des unter I näher bezeichneten Vermögens. Dieser Ausdruck ist allerdings etwas unbestimmt; allein ich glaube, er muß dahin ausgelegt werden, daß alle Ansprüche auf Herausgabe des in Händen des Gemeinschuldners befindlichen[97]) und auf Ersatzleistung für das nicht mehr in seinen Händen befindliche Vermögen darunter begriffen sind[98]).

---

theilten Nachlasses geführt, dann mit einem bestellten Vormund abgetheilt, aber das den Kindern gehörige Vermögen noch in Händen behalten hatte. „Die Auseinandersetzung der Wittwe mit ihren Kindern — sagen die Entscheidungsgründe — war nur ein Mittel, ideelle Vermögensansprüche zu individualisiren und die solchergestalt ermittelten und festgestellten Abfindungssummen sind — so lange sie unbezahlt — nicht nur von dem Erbanfalle völlig losgelöste Forderungen, sondern ein Ersatz für die — früher in anderer Weise dargestellten — vermögensrechtlichen Erbansprüche. — Die auf diesem Wege ermittelte baar zu zahlende Erbabfindungssumme — befindet sich ebenso ohne Willen der Kinder in den Händen der Mutter als früher das gemeinschaftliche Nachlaßvermögen selbst."

93) Hier wird der überlebende Ehegatte „ein Herr aller Güter, welche sie beide mit einander zusammengebracht, erworben, ererbt und besessen haben".

94) K. Prt. S. 52 und 53.

95) Vgl. Gengler, Leitfaden S. 234.

96) Hierin liegt ja doch wohl überhaupt das Motiv des Vorrechtes.

97) Natürlich soweit die Aussonderung nicht Platz greift.

98) Wohl also auch Entschädigung wegen entgangener Zinsen.

Daher kann ich nach dem jetzigen Wortlaute der KO. auch den Fall nicht ausgeschlossen erachten, daß das Vermögen, welches der Verwaltung des Vaters unterstellt ist, in einer Forderung an den Vater besteht, z. B. der Vater als Testamentserbe schuldet seinen Kindern ein Legat [99]).

III. An sich ist der Umfang des Vorrechtes der Kinder und Pflegebefohlenen der Zeit nach unbeschränkt; ob das Vermögen im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung oder schon zehn und zwanzig Jahre vor derselben in die Verwaltung des Gemeinschuldners gekommen ist, erscheint gleichgültig. Wenn aber bereits die Verwaltung aufgehört hat und das Kind oder der Pflegebefohlene hat es versäumt, sich in den Besitz des ihm gehörenden und nun vom Gesetze nicht mehr ihm vorenthaltenen Vermögens zu setzen, so hört der Anlaß zu einer Bevorzugung auf. Als Versäumniß erklärt die KO. Zweierlei: erstens, wenn der Berechtigte zwei Jahre verstreichen ließ, ohne seine Rückforderung und zwar gerichtlich [100]) geltend zu machen, und zweitens, wenn er den Rechtsstreit wieder fallen läßt [101]).

ad 6.

Die mit keinem Vorrechte ausgestatteten Gläubiger haben im Gesetze keinen besonderen Namen; sie heißen „alle übrigen", man nannte sie ehedem: „Chirographar-Gläubiger" und kann sie nunmehr (nach §. 168) „Nichtbevorrechtigte" nennen. Die in manchen Partikulargesetzen [102]) vorkommende Bestimmung, daß gewisse Forderungen noch hinter die „nicht bevorzugten" gestellt werden und also die Gläubiger sich in: „bevorzugte, gewöhnliche und benachtheiligte" theilen, ist in der KO. insoferne enthalten, daß der §. 56 eine Klasse von Forderungen aushebt, die gar nicht befriedigt werden sollen.

---

99) Hierüber erging ein Plenarbeschluß des Berliner Obertribunals am 9. Mai 1842, welcher die Anwendbarkeit des Vorrechtes auf diesen Fall verneinte, während ein späteres Erk. vom 29. Oktober 1857 (Entsch. Bd. 38 S. 402) umgekehrt entschied. Jedenfalls greift aber das aus dem Wortlaute des §. 80 der Pr. KO. geschöpfte Motiv, daß eine solche Forderung nicht in die „Verwaltung kommen" könne, bei der geänderten Fassung der KO. nicht mehr durch.

100) Was als „gerichtliche Geltendmachung" anzusehen ist, darüber vgl. die Erl. zu §. 140.

101) Die Pr. KO. sagte in §. 81 „ununterbrochen verfolgt"; die Hinweglassung dieses Wortes führt zur Auslegung, daß die KO. nicht eine jede Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens mit dem Verluste des Vorrechtes bestrafen will. Dagegen geht derjenige desselben verlustig, welcher nach §. 228 der CPO. das Verfahren „beruhen" läßt.

102) Bayr. Pr.-Ord. §. 27: die Ehefrau des Gemeinschuldners (nach den Statuten), ältere Rückstände an Zinsen, Untersuchungskosten und Geldstrafen, Liberalitäten.

§. 55.

Accessorische Forderungen.

Mit der Kapitalsforderung werden an derselben Stelle angesetzt [a]):

1) die Kosten, welche dem Gläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens erwachsen sind [b]);
2) die Vertragsstrafen [c]);
3) die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen [d]).

I. E. §. 64; II. E. §. 55; Pr. H. E. 738; Pr. KO. §. 83; B. Pr. O. §. 29.

a. (an derselben Stelle angesetzt).

Die Accessionen der Hauptforderung theilen den Rang derselben; wenn das Kapital einen Vorzug [1]) genießt, so sind Kosten, Zinsen und Vertragsstrafen auch privilegirt. Allein die Worte „werden angesetzt" sollen nicht so viel bedeuten, daß der Konkursrichter oder der Verwalter von Amtswegen die Accessionen mit der Hauptschuld ohne Weiteres zu berichtigen hat, sondern nur, daß der Gläubiger solches beantragen kann. Er muß also allerdings die einzelnen Accessorien anmelden [2]), unterläßt er dies, so wird er nicht berücksichtigt [3]).

Eine Folge der Bestimmung, wonach die Accessionen das Schicksal der Hauptforderung theilen, ist natürlich auch, daß, wenn diese letztere überhaupt vom Konkurse ausgeschlossen ist, die Accession auch nicht zugelassen werden darf. Wäre also z. B. ein Schenkungsversprechen unter einer Konventionalstrafe vom Gemeinschuldner gemacht worden, so würde wegen §. 56 Ziff. 4 die Vertragsstrafe ebensowenig im Konkursverfahren geltend gemacht werden können, wie die Forderung aus dem Schenkungsversprechen. Wie aber nun, wenn z. B. angemeldet wurde eine Forderung aus einer Verbindlichkeit und eine Vertragsstrafe wegen deren Nichterfüllung? Erstere bestreitet der Verwalter, letztere der Gläubiger A. Den Rechtsstreit gegen den Verwalter verliert der Anmeldende, dagegen versäumt der Gläubiger A

---

1) Der §. 55 steht im 8. Titel und sonach erstreckt sich dessen Inhalt auch nur auf die eigentlichen Konkursforderungen. Inwieweit Accessionen das Absonderungsrecht theilen, ist nach §. 40 der KO. zu beurtheilen.

2) Vgl. Abth. II S. 308 Erl. zu §. 127.

3) Er kann aber die Nebenforderung auch nachträglich anmelden, solange überhaupt eine solche verspätete Liquidation zulässig ist. (Vgl. Abth. II Erl. zu §. 126.) Eine Bestimmung, analog der im Gemeinen Rechte (vgl. Seuffert, Pandekten §. 26) bestehenden, wonach Accessionen nur zugleich mit der Hauptsache eingeklagt werden können, besteht für den Konkurs nicht.

einen Termin, und den Feststellungsstreit wegen der Vertragsstrafe gewinnt in Folge hievon der Anmeldende. Mir scheint, hier wird ohngeachtet des allgemeinen Satzes: accessorium sequitur principale doch wegen der formellen Rechtskraft der Anmeldende für den Betrag der Vertragsstrafe berücksichtigt werden müssen.

b. (die Kosten, welche dem Gläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens erwachsen sind).

I. Natürlich nicht alle Kosten, welche dem betreffenden Gläubiger überhaupt oder auch nur wegen und aus Anlaß der Hauptforderung erwachsen sind [4]), sondern nur die auf Einklagung und Beitreibung [5]) der Forderung erlaufenen. Hier aber aberdings sowohl die gerichtlichen, wie die außergerichtlichen, in welcher Hinsicht die §§. 87 ff. der CPO. maßgebend sind.

II. Daß vor der Konkurseröffnung der Prozeß entschieden ist und die Kosten festgesetzt sind, erscheint nicht als nothwendig; der Gläubiger ist befugt, die bisher erlaufenen Kosten zu liquidiren [6]). Wird in diesem Falle die Forderung bestritten, so entscheidet sich mit dem Schicksale des Hauptprozesses auch das der Kosten [7]). Will aber der Gläubiger den Prozeß

---

4) Setzen wir folgenden Fall: Banquier A läßt den Chirurgen B von Heidelberg nach Augsburg kommen, um am 1. August eine Operation vorzunehmen, wobei ein sofort zu zahlendes Honorar von 1000 Mark ausgemacht wird. Chirurg B, in der Ueberzeugung, sofort sein Geld zu bekommen, domicilirt einen Wechsel, durch den er für seinen in München studirenden Sohn eine Zahlung zu leisten beabsichtigt, nach Augsburg und stellt ihn auf 1. August. Der Banquier zahlt aber nicht, B, der sich mit Geld nicht weiter vorgesehen, muß den Wechsel in Protest gehen lassen und A geräth, nachdem B vergeblich mehrere Briefe geschrieben, in Konkurs. Hier kann B seine durch den Wechselprotest ihm erwachsenen Kosten allerdings liquidiren, aber nur als selbständige Entschädigungsforderung; als Kosten, die mit der Hauptforderung den Vorzug des §. 51 Ziff. 4 der KO. theilen, erscheinen sie nicht. Als solche kommen aber z. B. die Porti für die Briefe in Betracht.

5) Hiezu gehören auch Kosten einer etwaigen Zwangsvollstreckung.

6) Dies war nach bisherigem Preuß. Rechte nicht zulässig, vgl. das Erk. des Berl. Obertrib. v. 15. Juni 1858 (Striethorst Bd. 28 S. 331).

7) Die Bestreitung der Kosten allein läßt sich Seitens des Verwalters oder der Mitgläubiger auf zweierlei Art denken. Es kann z. B. gesagt werden: die Kosten betragen nicht 100 Mark, sondern nur 70 Mark, oder diese und diese Posten fallen nicht dem Beklagten zur Last u. dgl. In solchem Falle findet selbständige Feststellungsklage über die Kosten statt. Oder aber die Bestreitung kann dahin gehen, der Beklagte ist überhaupt nicht zur Kostentragung verpflichtet. Diese letztere Alternative läßt sich meines Erachtens nur denken, wenn die Forderung selbst bestritten wird, oder aber, wenn es

gegen den Gemeinschuldner fortsetzen, so steht ihm dies frei, aber in diesem Falle kann er auch die Kosten nicht im Konkurse liquidiren [8]).

c. (die Vertragsstrafen).

„Eine Konventionsstrafe vertritt überall die Entschädigung für die Nichterfüllung einer Forderung und muß daher die Stelle derselben finden" (Motive) und das Pr. LR. sagt (Thl. I Tit. V §. 292): „das Interesse, welches ein Kontrahent dem anderen bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten hat, kann durch Verabredung einer Strafe im Voraus bestimmt werden". Indessen muß angenommen werden, daß, nachdem die KO. einen Unterschied nicht macht, eine Vertragsstrafe auch dann mit der Hauptforderung im Konkurse geltend gemacht werden kann, wenn dieselbe nicht schon beim Vertragsabschlusse selbst stipulirt wurde, sondern erst nach bereits begründetem Forderungsrechte versprochen worden ist [9]). Dagegen kann meines Erachtens, da sich das Gesetz des Ausdruckes: „Vertragsstrafe" bedient, der Fall nicht hieher gezogen werden, wo ein Erblasser oder der Richter für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit eine Strafe auferlegt hat [10]). Solche Strafen sind zwar nicht als „Geldstrafen" im Sinne des §. 56 Ziff. 3 [11]) anzusehen, können aber nur als selbständige Konkursforderungen geltend gemacht werden, ohne daß sie ein allenfallsiges Privilegium der Forderung theilen würden, wegen deren Nichterfüllung sie auferlegt worden sind.

Man könnte die Frage aufwerfen: bezieht sich die Ziff. 2 des §. 55 nur auf bereits verfallene Strafen oder auch auf blos versprochene? [12]). Ich glaube, man muß hinsichtlich der letzteren unterscheiden. Soferne die Konventionalstrafe sich lediglich als die im Voraus vertragsmäßig festgesetzte Schätzung des Interesses wegen Nicht-Erfüllung, nicht gehöriger Er-

---

heißen würde: „der Prozeß war unnöthig, denn der Beklagte hätte die Forderung ohnehin anerkannt".

8) Vgl. auch oben S. 173 und 179.

9) Was ebenfalls zulässig erscheint, vgl. Windscheid, Pandekten Bd. II. S. 108.

10) Vgl. Windscheid a. a. O. S. 113.

11) Siehe die Erl. zu Ziff. 3 dieses Paragraphen.

12) Fitting §. 10 Note 18 meint, daß nach der Konkurseröffnung ein für den Fall der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung stipulirte Vertragsstrafe nicht mehr verfallen könne, weil die in Folge des Konkurses eintretende Nichtbefriedigung oder Verzögerung der Befriedigung einer Konkursforderung ebensowenig bestraft werden dürfe, als einen Anspruch auf Interesseleistung zu erzeugen vermöge. Ich hatte in der I. Auflage in Uebereinstimmung mit Petersen S. 271, v. Sarwey S. (421) 504 u. Stieglitz S. 384 unbeschränkt die entgegengesetzte Ansicht vertreten.

füllung, nicht rechtzeitiger Erfüllung darstellt, so daß die Strafsumme an die Stelle des Vertragsobjektes selbst tritt, wird der Berechtigte, wenn der Verwalter den Vertrag nicht auf die Masse nimmt, die Konventionalstrafe als durch die Konkurseröffnung verfallen[13]) im Konkurse an der Stelle der ursprünglichen Forderung liquidiren können[14]). Anders aber ist zu entscheiden[15]), wenn die Konventionalstrafe lediglich als Verstärkung der Pflicht, als Sicherungsmittel für die richtige Erfüllung dienen soll und das Vertragsobjekt dadurch bei Nichterfüllung vermehrt wird[16]). Denn derjenige, welcher in Folge der über ihn verhängten Gant nicht mehr erfüllen darf, ist zwar weder durch eine vis major, noch durch einen nicht zu vertretenden Zufall außer Stand gesetzt, seiner Pflicht nachzukommen, sondern es ist in seiner eigenen Person und in seiner Handlungsweise die Ursache der Nichterfüllung zu suchen. Er kann daher auch nicht von den Folgen seiner Handlungsweise befreit sein. Allein die Konventionsstrafe verfällt ja erst, wenn der Erfüllungstag eintritt und an diesem nicht erfüllt wird, somit ist, wenn der Tag nicht vor der Konkurseröffnung eingetreten war, die Forderung auf Zahlung der Strafe erst nach dem in §. 2 der KO. bezeichneten Zeitpunkte entstanden und somit von der Befriedigung aus der Masse ausgeschlossen. Dasselbe gilt, wenn die Konventionalstrafe sich als Surrogat der Verzugszinsen charakterisirt, wenn sie als Bestrafung für die mora erscheint[17]).

---

13) Z. B. Glasermeister Scheibe hat sich dem Besitzer der Burg Schwaneck verpflichtet, bis zum 1. Juli zweitausend Butzenscheiben zu 20 Pfennig das Stück zu liefern, im Nichterfüllungsfalle aber eine Konventionalstrafe von 100 Mark zu bezahlen. Am 1. Juni kommt Scheibe in Konkurs und wird seine Glasfabrik gesperrt. Warum sollte hier der Schwaneckbesitzer die Strafe nicht fordern dürfen? Doch ebensowohl, als wenn ohne Konkurs dem Verpflichteten z. B. durch Zwangsvollstreckung die Mittel zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit entzogen worden.

14) Man kann im Hinblicke auf den Eingang des §. 55: „mit der Kapitalforderung" diese Fälle überhaupt nicht hieher rechnen, sondern dieselben als Wahlverbindlichkeiten behandeln.

15) Vgl. oben S. 110.

16) Dieses ist der eigentliche Fall, in welchem die Konventionalstrafe lediglich als ein Accessorium der Hauptforderung sich darstellt.

17) Ich denke hier an Fälle z. B., wenn ich mit dem Baumeister stipulirt habe, daß er mein Haus am 1. Juli mir fix und fertig übergeben müsse und für jeden Tag, um den er es mir später übergibt, 100 Mark Strafe zu zahlen hat. Kommt der Baumeister nun am 6. Juli in Konkurs (und der Konkursverwalter läßt nicht etwa den Bau vollenden), so kann ich zwar die bis zum 6. Juli verfallene Strafe von je 100 Mark per Tag liquidiren, nicht aber für jeden Tag weiter die Pön im Konkurse anmelden, denn diese Forderung entsteht ja nur mit dem Tage selbst.

Denn nachdem zufolge positiven Konkursrechts die mora, soweit sie nach der Eröffnung des Konkurses eintritt, nicht berücksichtigt wird und werden kann, schließt dieser Grundsatz auch solche Strafbeträge von der Geltendmachung im Konkurse aus.

d. (die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen).

Die vorstehende Bestimmung unterscheidet weder zwischen bedungenen, gesetzlichen und Verzugszinsen[18]), noch beschränkt sie die Zulässigkeit auf eine Zeit[19]) oder auf eine gewisse Höhe[20]). Daß indessen, wo die Zinsen einer kürzeren Verjährungsfrist als die Hauptforderung selbst unterworfen sind, nur der Rückstand, soweit er noch nicht verjährt ist, berücksichtigt werden kann, bedarf kaum der Erwähnung[21]). Das Gesetz sagt nicht: die „bis zur Eröffnung des Verfahrens verfallenen Zinsen", sondern bedient sich des Ausdruckes die „aufgelaufenen". Es muß also bis zum Tage des Konkursbeschlusses der Zins berechnet werden. Z. B. A schuldet dem B 1000 Mark zu 5% verzinslich, wobei der Zins quartaliter je am 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober zu bezahlen ist. Der Konkurs wird am 15. August 1880 eröffnet und der Zins zum letzten Male am 1. Oktober 1879 bezahlt. Hier kann B die 1000 Mark Kapital dann zwei volle Zins-Quartale und vom 1. Juli bis 1. August den Tageszins begehren[22]).

---

18) Die Bayer. Pr. Ord. ließ in §. 29 nur bedungene Zinsen zu.

19) Nach Bayer. Rechte war nur ein einjähriger Rückstand mit der Hauptforderung anzusetzen.

20) Einige Partikulerrechte gewährten den Vorzug nur bis zu 5%, was sich, wie die Motive bemerken, mit der Aufhebung der Zinsbeschränkung nach dem Gesetze vom 14. November 1867 nicht mehr verträgt.

21) Ebenso versteht es sich von selbst, daß die Bestimmung nur für Konkursforderungen gilt, für Aus- und Absonderungsansprüche, welche außerhalb des Konkurses geltend gemacht werden, aber nicht.

22) Der Zins für den Tag der Konkurseröffnung selbst wird nicht gefordert werden können, weil der Zins erst mit Ablauf der Zeit, also hier mit Ablauf des Tages fällig wäre.

§. 56.

Ausgeschlossene Forderungen.

Im Konkursverfahren können nicht geltend gemacht werden[a]):

1) Die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen;
2) die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme an dem Verfahren erwachsen;
3) Geldstrafen;
4) Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen.

I. E. §. 65; II. E. §. 56; Pr. H. G. Art. 743; Pr. KO. §. 84; B. Pr. O. §. 27.

a. (Im Konkursverfahren können nicht geltend gemacht werden).

I. Es ist bereits an einer früheren Stelle[1]) von jenen Forderungen gesprochen worden, welche an sich zwar persönliche Forderungen sind, aber nach der Begriffsbestimmung in §. 2 der KO. nicht als „Konkursforderungen" erscheinen[2]), aus positiven legislativen Gründen aus der Masse nicht befriedigt werden sollen und deshalb im Konkursverfahren überhaupt nicht berücksichtigt und nur Verhandlung gezogen werden. Es ist dies eine Neuerung[3]); denn nicht nur nach Gemeinem Rechte[4]) sondern auch nach den meisten Partikulargesetzgebungen[5]) war ein völliger Ausschluß von der Masse, ein „Außergantsetzen" nur als Folge der Präklusion, als Strafe für Versäumniß oder nicht gehörigen Nachweis denkbar, niemals aber wegen der materiellen Beschaffenheit der Forderung. Diese Beschaffenheit führte nur entweder zu einer bevorzugten Befriedigung (privilegium, Locirung ante omnes vel ante alios) oder aber zu einer benachtheiligten Einreihung (Locirung post omnes). Gründe der Zweckmäßigkeit[6]) sind es, welche nach den Motiven[7]) das Gesetz veranlassen, den Ausschluß vollständig vorzunehmen; denn „in den allerseltensten Fällen werde Etwas zu ihrer Berichtigung übrig bleiben,

---

1) Vgl. oben 111 und 186.

2) Motive zum II. Entwurf S. 271.

3) Die übrigens schon in der Pr. KO aufgenommen war.

4) Vgl. Schweppe, System S. 159 und 160.

5) Z. B. Bayer. Pr. Ord. §. 27.

6) Die Gründe passen aber eigentlich nur auf einen Theil der Forderungen; der Ausschluß der in §. 56 Ziff. 1 und 2 bezeichneten Ansprüche ergibt sich schon aus §. 2 der KO., denn sowohl die Zinsen wie die Kosten sind zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht angefallen.

7) Zum II. E. S. 271.

wozu also die fruchtlose Erörterung solcher ohnehin ungünstig aufgenommenen und daher meist streitigen Forderungen? Ereigne sich der seltene Fall, daß nach Befriedigung aller übrigen Gläubiger in der Konkursmasse ein Rest verbleiben würde und bei Aufhebung des Konkursverfahrens dem Gemeinschuldner ausgeantwortet werden müßte, so bleibt es den nicht berücksichtigten Gläubigern unbenommen, gegen diesen ihre Forderungen zu verfolgen und nöthigenfalls sofort nach Aufhebung des Konkurses die Anlegung eines Arrestes oder Einleitung eines Vertheilungsverfahrens nach Vorschrift der Prozeßordnung zu erwirken".

II. Indem das Gesetz sagt: „derartige Forderungen können im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden", bestimmt dasselbe, daß diese Gläubiger eine Befriedigung aus der Masse nicht erhalten, daß sie also die Anmeldung im Konkurse nicht vornehmen können[8], aber auch nicht müssen, um etwa ihre Ansprüche zu wahren, daß ein Feststellungsverfahren über derartige Ansprüche nicht stattfindet, sobald ihre Beschaffenheit einmal feststeht[9]), daß derartige Gläubiger nicht die Rechte eines Konkursgläubigers im Verfahren beanspruchen können, daß sie also an den Gläubigerversammlungen, an den Abstimmungen über den Zwangsvergleich u. s. w. nicht Theil nehmen dürfen.

Damit aber, daß das Gesetz sich nicht des Ausdruckes bedient: „derartige Forderungen sind keine „Konkursforderungen", sondern daß es nur, wie erwähnt, festsetzt: „sie können am Konkursverfahren nicht Theil nehmen", wird anerkannt, daß sie im Uebrigen gleich als ob sie „Konkursforderung" wären, behandelt werden sollen. Hieraus folgt, daß, wenn auch im Allgemeinen der Gemeinschuldner persönlich für diese Forderungen haftbar bleibt[10]), doch in Folge des §. 12 während des Verfahrens gegen ihn mit Vollstreckung wegen solcher Forderungen nicht vorgegangen werden kann, worüber die nähere Erläuterung oben (S. 186) zu vergleichen ist. Ebenso werden solche

---

8) Folge hievon ist, daß die etwaige Anmeldung auch nicht jene Wirkungen hat, welche sonst der Anmeldung beigelegt sind; so wird z. B. die Verjährung einer solchen Forderung durch die Anmeldung im Konkurse nach § 13 der KO. nicht unterbrochen.

9) Wenn der Anmeldende behauptet, seine Forderung sei keine unter §. 56 fallende (z. B. sie beruhe nicht auf Freigebigkeit des Gemeinschuldners), kann natürlich ein Streit hierüber im Wege des Feststellungsverfahrens ausgetragen werden.

10) Weshalb auch die Aufrechnung zulässig ist, soweit nicht etwa diese nach §. 48 Ziff. 2 der KO. ausgeschlossen erscheint, was bei den Zinsen und Kosten, weil solche erst nach der Eröffnung gefordert werden können, immer zutrifft.

Forderungen nach §. 178 der KO. von den Wirkungen des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiches betroffen, weil in jenen Paragraphen die Wirkung ausdrücklich auch auf solche Konkurs-, d. h. persönliche Gläubiger erstreckt ist, „welche an dem Konkursverfahren nicht Theil genommen haben“ [11]), und das Gesetz hiebei keinen Unterschied macht, ob die Gläubiger nicht Theil genommen haben, weil sie nicht Theil nehmen wollten, oder weil sie nicht Theil nehmen durften.

ad. 1. (die seit Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen).

Die Eröffnung des Konkursverfahrens hemmt nicht den Zinsenlauf [12]); denn die Ursache der Zinsverpflichtung, der Zinsvertrag oder der Verzug (soferne er bereits vor der Eröffnung [13]) des Verfahrens eingetreten war) wird ja durch die Eröffnung des Verfahrens nicht aufgehoben. Auch der von den Motiven (zum II. E. S. 270) angeführte Grund: „daß, wie ein Pacht- und Miethzins von Sachen, so jede Zinsforderung überhaupt immer erst mit Ablauf der Zeit für die gehabte oder entzogene Benutzung des geschuldeten Gegenstandes entsteht“, würde meines Erachtens noch nicht genügen, um den Zinsenlauf in Folge der Konkurseröffnung zu sistiren. Wohl aber geht — weil der laufende Zins erst nach der Eröffnung des Verfahrens anfällt und also die Forderung auf denselben der in §. 2 der KO. aufgestellten Voraussetzung, daß dieselbe schon zur Zeit der Eröffnung besteht, nicht nachkommt — aus der Beschaffenheit der Zinsforderung schon hervor, daß die Forderung auch im Konkurse nicht geltend gemacht werden kann. Anderseits aber kann sie auch nicht — wie andere erst nach der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner erwachsende Ansprüche —, so lange das Verfahren dauert, gegen den Gemeinschuldner persönlich verfolgt werden, weil die Zinsen nur eine Vergütung für das Innehaben eines Kapitals (oder einer Sache) sind und nicht mehr der Gemeinschuldner das

---

11) Es würde auch gegen die ratio juris gehen, wenn die im Uebrigen als mehr berechtigt angesehenen Gläubiger an einen solchen Zwangsvergleich gebunden wären, die hintenanstehenden aber nicht, wenn der Wechselinhaber zuwarten müßte, der Beschenkte aber exequiren könnte.

12) Man drückt manchmal die Sache falsch so aus: „der Konkurs macht Unfälliges fällig, Verzinsliches unverzinslich.“ Vertragsmäßige Zinsen werden nach richtiger Ansicht nicht einmal in Folge eines Moratoriums sistirt, vgl. Schweppe, System S. 33.

13) Denn nachdem der Schuldner die Verfügung über sein Vermögen verloren hat, also nach der Konkurseröffnung, darf er ja nicht mehr zahlen, also kommt er auch nicht mehr in mora. Ja, es läßt sich wohl behaupten, daß auch der bereits begonnene Verzug nicht weiter dauert.

fruchtbringende Objekt in Händen hat[14]), sondern die Masse. Die Masse aber zahlt deshalb keine Zinsen, weil sie das Kapital nur zum Vertheilen und nicht zum Fruchtbarmachen übernommen hat[15]).

Die Sistirung des Zinsenlaufes und bez. die Nichtgestattung, daß der Gläubiger sich für die Zinsen bezahlt mache, erstreckt sich indessen natürlich nur auf solche Ansprüche, welche weder durch Pfand noch Hypothek gesichert sind. Denn nachdem die Geltendmachung dieser Absonderungsrechte außerhalb des Konkurses stattfindet, verbietet der §. 56 auch nicht die abgesonderte Beitreibung der Zinsen. Wie weit das Hypothekenobjekt oder die Pfandsache neben der Hauptforderung auch für Zinsen und zwar rückständige, laufende oder zukünftige haftet, ist lediglich nach dem maßgebenden Civilrechte zu beurtheilen[16]).

ad 2. (die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme an dem Verfahren erwachsen).

Auch diese Forderung ist schon durch die Begriffsbestimmung des §. 2 von der Geltendmachung im Konkurse ausgeschlossen, weil dieselbe zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht bestanden hat. Wie weit für die Kosten nach Beendigung des Verfahrens vom Gemeinschuldner Ersatz verlangt werden könne, ist eine thatsächliche Frage[17]). Soweit z. B. andere Gläubiger durch Widerspruch oder der Verwalter durch Bestreiten der Anmeldung die Kosten verursachen, ist jedenfalls der Gemeinschuldner nicht haftbar für dieselben.

ad 3. (Geldstrafen).

Die Bezahlung von Geldstrafen aus der Masse ist schon nach Ge-

---

14) Für die Zeit nach Beendigung des Konkurses kann allenfalls der Gläubiger eine Art von Entschädigungsanspruch auf den Betrag der ihm in Folge der Konkurseröffnung entgangenen Zinsen geltend machen.

15) Meves a. a. O. S. 84 erklärt diesen Ausschluß folgendermaßen: „Bedungene Zinsen laufen nur bis zur Fälligkeit der Forderung; diese tritt mit der Konkurseröffnung kraft des Gesetzes ein. Ein Verzug ist nicht vorhanden, somit auch kein Platz für Zögerungszinsen.

16) In der Regel wird nach der Partikulargesetzgebung auch außerhalb des Konkurses von der Zwangsvollstreckung an der Zinsenlauf sistirt sein.

17) Das bisherige Recht ließ der Nachforderung der auf Betreibung der Forderung im Konkurse erwachsenen Kosten zu, auch wenn der Gläubiger im Konkurse volle Befriedigung erlangt hatte. Vgl. das Erk. des Ober-App.-G. zu Wolfenbüttel vom 30. April 1855 (in Seuffert's Archiv Bd. XII. S. 114, S. 154), welches diese Kosten als einen durch Verschulden des Kridars dem Gläubiger zugegangenen Schaden erklärt und bezüglich solcher Kosten den Ausnahmsfall gegeben erachtet, in welchem nach c. 3 C. (7.51) Prozeßkosten auch selbständig eingeklagt werden können.

meinem Rechte[18]) entweder ganz ausgeschlossen oder doch nur soweit etwas übrig bleibt zu allerletzter Stelle zulässig. Es sind übrigens unter dem obigen Ausdrucke nur außerhalb des Privatrechtes verfallende Geldstrafen gemeint[19]), wie sich aus der Vergleichung mit §. 55 Ziff. 2 der KO. ergibt, und ich möchte das Unterscheidungsmerkmal darein setzen, ob die Strafe dem Fiskus (überhaupt einer öffentlichen Kasse) oder einem Privaten zufällt. Denn in diesem letzteren Falle wird dieselbe, auch wenn sie von einem Strafgerichte ausgesprochen wurde, immer den Charakter einer Entschädigungsleistung an sich tragen,[20]). Wenn in §. 188 des RStGB. z. B. bei der Zuerkennung einer Buße an den Beleidigten die Geltendmachung eines „weiteren" Entschädigungsanspruches ausgeschlossen wird, so erhellt hieraus deutlich, daß nach der Absicht des Gesetzes die „Buße", welche ohnehin „wegen nachtheiliger Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten erkannt wird", also einen lediglich privatrechtlichen Charakter in sich trägt, selbst eine „Entschädigung" bilden soll und keine Strafe. Dasselbe findet in Betreff der bei Körperverletzungen nach §. 231 des RStGB. (gleichfalls unter Ausschluß eines weiteren Entschädigungsanspruches) und bei den nach den Gesetzen über das Urheberrecht vom 11. Juni 1870 (§§. 18, 43 und 45), vom 9. Januar 1876 (§. 16), vom 10. Januar 1876 (§. 9) und vom 11. Januar 1876 (§. 14), dann über den Markenschutz vom 30. November 1874 (§. 15), endlich nach dem Patentgesetze vom 25. Mai 1877 (§. 36) zu erkennenden Buße statt. Solche Bußen fallen demnach nicht nicht unter §. 56 Ziff. 3 der KO.[21]), sondern sind als Konkursforderungen zu liquidiren[22]). Ich erwähne noch den Fall der Konfiskation. Handelt es sich um die in §. 40 des RStGB. zugelassene Wegnahme von Gegenständen, welche durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht oder welche zur

18) fr. 17 D. de jur. fisci (49, 14) „in summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi; ebenso fr. 48 § 1 h. t, welche den interessanten Fall behandelt, ob ein fideicommissarischer Anwärter der über den Erben verhängten Strafe vorgehe.

19) Hieher gehören auch die Ordnungsstrafen, welche der Richter in Ausübung der Sitzungspolizei verhängt, und die Strafen, welche den ungehorsamen Zeugen oder Sachverständigen, Schöffen oder Geschworenen treffen; ebenso die von Verwaltungsbehörden oder im Zwangsvollstreckungsverfahren festgesetzten Exekutivstrafen. Meves a. a. O.

20) Oppenhoff (3. Aufl.) S. 324 sagt deshalb: „die ganze Bestimmung hätte eigentlich nicht im StGB. ihre Stelle finden sollen."

21) Siehe Meves S. 85 v. Sarwey S. (423) 506.

22) Ueber den Fall, daß solch' eine Buße erst nach der Konkurseröffnung wegen einer vor derselben begangenen Handlung verhängt wird, siehe oben S. 105.

Begehung eines solchen bestimmt sind, und die in §. 41 statuirte Unbrauchbarmachung, so wird, da die Konkurseröffnung den Gemeinschuldner nur der Disposition, nicht des Eigenthumes beraubt[23]), meines Erachtens auch nach eröffnetem Konkurs die Hinwegnahme um so mehr zulässig sein, als das Gesetz diese „Einziehung" gar nicht als Vermögensstrafe auffaßt[24]). Ich[25]) habe nicht den mindesten Zweifel, daß ein in der Masse sich vorfindender Apparat zur Verfertigung falschen Papiergeldes oder die Kupferplatte eines unsittlichen Bildes nicht versilbert werden darf[26]), sondern zum Gerichte abzuliefern ist, wenn auch das Strafurtheil gegen den Gemeinschuldner erst nachträglich ergangen ist[27]). Anders stellt sich aber die Entscheidung für die Fälle des §. 93 und des §. 335 des RStGB. Die in §. 93 statuirte Vermögensbeschlagnahme wird zwar, wie ich glaube, an sich durch die Konkurseröffnung nicht ausgeschlossen; allein sie kann nur unbeschadet der Rechte der Gläubiger stattfinden[28]) und wird durch dieselbe weder die Verhängung noch weniger die Fortführung des begonnenen Verfahrens aufgehoben. Das Verfallenerklären der Geschenke in den Fällen der §§. 331—334 aber ist eine Strafe[29]) und kann daher der Fiskus nach ausgebrochenem Konkurse den auch vorher ergangenen desfallsigen Ausspruch nicht mehr geltend machen.

ad 4. (Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen).

Er ist bereits oben (S. 101) erörtert worden, daß Freigebigkeiten des Gemeinschuldners nicht mit seinen eigentlichen Verpflichtungen konkurriren können. Ferner ist gelegentlich der Anfechtbarkeit der unentgeltlichen Verfügungen (§. 25) die Stellung der Schenkenden im Konkursverfahren im Allgemeinen besprochen worden[30]). Wenn nun sogar vollzogene Libe-

---

23) Und nur das Eigenthum wird in §. 40 als Voraussetzung verlangt.

24) Oppenhoff S. 73. Ebendeshalb kann aber die Konkursmasse nicht etwa zum Ersatze des Werthes eingezogener, nicht mehr vorhandener Gegenstände verpflichtet sein.

25) Vgl. Petersen S. 273, v. Sarwey S. 506.

26) Das „Bestimmtsein zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens" wird sich in der Regel nach Eröffnung des Konkurses durch die Besitzentsetzung des Gemeinschuldners beseitigen.

27) Auch der Lohn, den Jemand für ein Verbrechen erhalten hat, wird nicht wohl unter die Gläubiger vertheilt werden können.

28) Es ist ein in der Natur der Sache begründeter Satz: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno. Das Vermögen, welches der Beschuldigte besitzt und welches nach §. 93 des RStGB. beschlagnahmt werden soll, ist immmer nur, was übrig bleibt nach Abzug der Schulden.

29) Oppenhoff a. a. O. S. 573.

30) Vgl. S. 358 ff.

ralitäten von Seite der Gläubiger angefochten werden können, so muß umsomehr einem bloßen Schenkungsversprechen der Vollzug versagt werden. Was als Freigebigkeit anzusehen sei, ist Thatfrage, und es können daher ebensowohl einfache Zusicherungen von Geschenken wie Zuwendungen in Ehe- und Erbverträgen unter den §. 56 fallen. Allein wenn ein Wittum, ein Leibgeding, ein Gegenvermächtniß im Verhältnisse zum Eingebrachten oder dem Ehevermächtniß sich nicht als Schenkung, sondern als ein entgeltlicher Vertrag darstellt, so ist die Forderung durchaus nicht ausgeschlossen[31]), soweit nämlich ein Entgeld vorliegt[32]). Ist der Vertrag bereits erfüllt, so kann natürlich in den Fällen des §. 25 der KO. eine Anfechtung stattfinden[33]).

Hinsichtlich des Wortes „Gemeinschuldner" ist zu bemerken, daß dieses eine extensive Interpretation auch auf jene Fälle erleiden muß, in denen die Freigebigkeit zwar nicht eine Liberalität des Gemeinschuldners selbst ist, wohl aber von ihm vertreten werden muß. Wenn z. B. der spätere Gemeinschuldner vor Eröffnung des Verfahrens eine Erbschaft unbedingt angenommen und dadurch den Vermächtnißnehmern haftbar geworden ist, so können diese, obwohl sie ihr Recht nicht aus einer Liberalität des Gemeinschuldners, sondern aus einer Freigebigkeit des Erblassers desselben ableiten, doch im Konkurse keine Berücksichtigung finden[34]).

---

§. 57.

Ausfallsforderungen.

Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht[a]), kann die Forderung[b]), wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet[c]), zur Konkursmasse geltend machen[d]), aus derselben aber nur für den Betrag verhältnißmäßige Befriedigung[e])

---

31) Nach den Motiven.

32) Vgl. oben S. 360. Die Pr. KO. hatte in §. 84 Ziff. 4 das entgegengesetzte Prinzip adoptirt. Davon ausgehend, daß dergleichen Zuwendungen an sich trotz ihres Verhältnisses zur Gegenleistung immer Liberalitäten seien, bestimmte dieselbe, daß die Forderung aus der Zuwendung ausgeschlossen bleibt, wohl aber die Gegenleistung zurückgefordert werden könne.

33) In der Kommissionsberathung bemerkte Abg. Haanen (K. Prt. S. 53), die Nichtberücksichtigung aller Freigebigkeiten (z. B. wenn es sich um die einem alten Diener zugewendete Rente handle) sei zu hart; eine Modifikation wurde indessen nicht beantragt.

34) Vgl. oben S. 362.

verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet f), oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist g).

I. E. §. 66; II. E. §. 57; Pr. H. E. — Pr. KO. §§. 39, 185, 247, 248; B. Pr. O. §. 20.

a. (Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht).

Das Gesetz spricht hier ganz allgemein und es sind demnach alle Arten von Absonderungsrechten durch den §. 57 getroffen, sowohl die an speziellen Sachen haftenden der §. 39 und 40, wie die Separationsrechte an gewissen Vermögenstheilen nach §. 41, 42 und 43[1]).

b. (kann die Forderung).

Der Eingang des §. 57 spricht vor Allem implizite den Satz aus, daß das Bestehen eines Absonderungsrechtes an sich die Theilnahme an dem Konkurse nicht ausschließt. Deshalb allein also, weil z. B. die Handelsbank für ihre an den Gemeinschuldner D zu machende Kontokorrent-Forderung zu 10,000 Mark ein Depot in Händen hat, ist sie hinsichtlich der Geltendmachung ihres Saldo im Konkurs noch in keiner Weise beschränkt. Wenn sie es für sich vortheilhafter erachtet[2]), sofort ihre gesammte Forderung im Konkurse zu liquidiren, so kann sie es thun[3]); die sog. exceptio excussionis kann jedenfalls von den Mitgläubigern nicht geltend gemacht werden[4]). Wenn also der in Ansbach lebende Kaufmann A dem Fabrikanten B für eine Waarenforderung drei Aktien der Vereinsbank verpfändet hat, so kann er nach Preußischem Landrechte (Th. I Tit. 10 §. 46), falls ihn B nach Verfall der Schuld auf Zahlung einklagt, verlangen, daß der-

---

1) Anders z. B. im Gemeinen Rechte und einzelnen Partikularrechten (Motive zum II. E. S. 272), nach denen z. B. Erbschaftsgläubiger, Legatare und Miterben, welche die Separation der Erbschaft für sich beansprucht und aus ihr nicht vollständige Befriedigung erlangt haben, nachträglich sich an das Vermögen des Erben entweder gar nicht, oder wenigstens nur insoferne halten können, als nach Berichtigung alter Schulden des Erben von dessen Vermögen noch Etwas übrig bleibt.

2) Oft wird dies nicht vorkommen; allein setzen wir z. B. den Fall, die Realisirung des Depots würde nur mit großen Schwierigkeiten zu bewirken sein, oder es würde dadurch eine Person beschädigt, welche die Bank schonen will u. s. w., so ist dies immerhin denkbar.

3) Nur muß sie natürlich dann das Depot sofort zur Masse einliefern.

4) Allerdings liegt eigentlich das Prinzip des beneficium excussionis, der Ausschluß der gleichzeitigen Inanspruchnahme der persönlichen und der dinglichen Haftung auch dem §. 57 zu Grunde. Vgl. die Motive (zum II. E. S. 273) und die folgenden Noten.

selbe vorerst das Pfand realisire. Wenn aber A in Konkurs geräth, können die Mitgläubiger dies nicht; auch der Gemeinschuldner kann, wie ich glaube, während des Konkursverfahrens eine solche Einwendung nicht vorbringen[5]); er kann seinen Gläubiger nicht zwingen, statt der persönlichen die dingliche Haftung in Anspruch zu nehmen[5]).

Indessen ist dies Recht des Gläubigers kein kumulatives, sondern ein rein alternatives; das heißt er kann nur dann und nur insoweit als persönlicher Gläubiger auftreten, als er nicht Absonderungsberechtigter ist, er kann zwar trachten, möglichst Viel aus dem Absonderungsobjekte zu erzielen und den Rest als persönlicher Gläubiger sich zu verschaffen, aber er kann nicht umgekehrt sich vorerst möglichst Viel als persönlicher Gläubiger aus der gemeinsamen Masse zu holen suchen und dann mit dem Reste aus dem Absonderungsobjekte Befriedigung erzielen[6]). Denn dem inneren Wesen nach bleibt die persönliche Forderung des Absonderungsberechtigten immer nur „Ausfallsforderung", nur steht es in seinem Belieben, ob er den Ausfall effektiv feststellen lassen oder durch seinen Verzicht schaffen will.

c. (wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet).

Ausgeschlossen sind daher die Fälle, in welchen überhaupt eine persönliche Haftung fehlt, und nur eine Sache, eine Sachengesammtheit, ein Vermögen als Absonderungsobjekt haftet, z. B. beim Ewiggeld[7]), bei einem Nachlasse, falls der Erbe gar nicht oder nur mit der Rechtswohlthat des

---

5) Vgl. das Erk. des ROHG. v. 25. Februar 1873 (Entsch. Bd. IX S. 97), in welchem diese Fragen (allerdings nur für die Pr. KO.) ausführlich erörtert sind. Insbesondere wird der Fall erörtert, wenn die Hypothek (auf welcher das Absonderungsrecht beruht) nicht vom Gemeinschuldner selbst bestellt war.

6) Das Erk. des RG. v. 21. Januar 1882 (Entscheid. Bd. VI S. 66 ff.), erklärt deshalb mit Recht die Mitgläubiger an einen zwischen dem Absonderungsberechtigten und dem Gemeinschuldner geschlossenen Vertrag nicht gebunden, wonach der Berechtigte sich vorerst für seine Forderung an das Gesammtvermögen des Schuldners zu halten habe und für das, was er auf diese Weise nicht erlange, sich aus der ihm bestellten Hypothekarischen Kaution befriedigen könne. Ebenso hat das RG. in einem Erk. v. 20. Dezember 1879 (Entscheid. Bd. I S. 183) ausgesprochen, daß ein Gläubiger, der die Akkorddividende, welche auf seine (auch durch Pfandrecht gesicherte) Forderung als solche trifft, ohne jeden Vorbehalt angenommen hat, hiedurch vollständig auf weitere Ansprüche verzichtet und nicht mehr ex post auf sein Pfandrecht zurückkommen kann.

7) Nach diesem speziell in München noch statutarisch geltenden Institute ist das Haus als solches mit einer „Gilt" belastet.

Inventars angetreten hat, und dergleichen. Ferner aber ausgeschlossen sind die Fälle, in denen zwar eine persönliche Haftung besteht, aber nicht die des Gemeinschuldners, zum Beispiel wenn ein Dritter für die Forderung des Schuldners ein Absonderungsrecht eingeräumt hat. Wenn also etwa A der Handelsbank 10,000 Mark schuldet und B deponirt für diese Schuld 6 Oesterreichische Bankaktien, so kann die Bank, wenn B in Konkurs kommt, selbstverständlich Nichts liquidiren[8]); bagegen kann sie im Konkurse des A, ohngeachtet nicht er Absonderungsverpflichteter ist, dennoch nach §. 57 verfahren. Ein ähnlicher Fall ist es, wenn der Gesellschafter für eine Handelsgesellschaftsschuld aus seinem Privatvermögen Pfand bestellt hat. Der Gläubiger kann unter diesen Verhältnissen zwar natürlich im Konkurse über das Privatvermögen des Gesellschafters nur seinen Ausfall liquidiren; dagegen hat das Gesellschaftsvermögen mit dem Absonderungsrechte Nichts zu thun, und in dem Gesellschaftskonkurse liquidirt daher der Gläubiger seine volle Forderung, wobei allerdings die Schranke des §. 61 der KO. zu beachten kommt[9]).

d. (zur Konkursmasse geltend machen).

Der Ausdruck „kann die Forderung — zur Konkursmasse geltend machen" (nicht „den Ausfall seiner Forderungen") ist gewählt, um anzuzeigen, daß der Gläubiger seine ursprüngliche Forderung, wie sie ist, im vollen Betrage zu liquidiren, das heißt anzumelden und festzustellen hat[10]). Wie viel er erhält, das zu ermitteln ist spätere Sache.

e. (für den Betrag verhältnißmäßige Befriedigung).

Durch diesen Ausdruck wird der Unterschied namentlich von §. 61 der KO. festgestellt. Während nämlich, auch wenn A und B solidarisch dem C 1000 Mark schulden, dieser in der Gant des A natürlich nur für den Betrag Befriedigung finden kann, welchen er nicht bereits bei B erhalten hat, wird doch bei der Berechnung der „verhältnißmäßigen" Befriedigung nicht dieser Betrag, sondern die ganze Forderung in Anschlag genommen.

---

8) Denn die Befriedigung aus den Bankaktien muß sie außerhalb des Konkursverfahrens nachsuchen, und soweit diese entfällt, hat sie sich an A zu halten.

9) Vgl. das Erk. des RG. vom 4. Januar 1882 in den Entscheid. Bd. VII B. 88 ff.

10) Der I E. §. 66 hatte das entgegengesetzte Prinzip aufgestellt. Hiernach sollte der Absonderungsberechtigte von vornherein nur jenen Betrag seiner Forderung als Konkursgläubiger geltend machen können, für welchen er entweder effektiv aus dem Absonderungsobjekte keine Deckung erhalten oder für welchen er Verzicht auf Befriedigung als Absonderungsberechtigter geleistet hatte.

Wenn aber D für seine 1000 Mark neben der persönlichen Forderung an F noch ein Absonderungsrecht an der Sache x hat, so wird die Dividende nicht aus der ganzen Forderung, sondern nur aus dem Ausfall berechnet. Der Unterschied ist klar: setzen wir z. B. den Fall, aus der A'schen Masse entfallen 40%; C hat von B an den 1000 Mark 500 Mark bezahlt erhalten; ebenso hat D aus der Sache x beim Zwangsverkauf 500 Mark erlöst; so erhält C die 40% aus der vollen ursprünglichen Forderung zu 1000 Mark berechnet; er empfängt also 400 Mark. Dagegen kann D aus der Masse des A die 40% nur aus dem Ausfalle von 500 Mark berechnen, er erhält also lediglich 200 Mark[11]).

f. (verzichtet).

I. Die Konkursforderung des Absonderungsgläubigers kann festgestellt werden durch Verzicht oder durch den effektiven Ausfall bei der abgesonderten Befriedigung aus dem Absonderungsobjekte. Eine bestimmte Form des Verzichtes ist nicht vorgeschrieben, indessen muß derselbe bestimmt, ausdrücklich und unbedingt sein; „weder ein stillschweigender[12]) noch ein bedingter Verzicht erscheint annehmbar" (Motive)[13]) Theilweiser Verzicht ist gleichfalls ungenügend[14]); wohl aber ist gestattet, nur für einen Theil der Forderung auf das Absonderungsrecht zu verzichten. Eine solche theilweise Betheiligung als persönlicher Gläubiger hindert den Absonderungsberechtigten nicht, nachträglich seinen Mehrausfall zu liquidiren oder auch seinen Verzicht auf weitere Beträge oder auf das Ganze auszudehnen.

II. Der vom Absonderungsberechtigten erklärte Verzicht bindet ihn, wie schon aus der Erörterung unter lit. b erhellt, definitiv, nicht blos für das Konkursverfahren, sondern auch nach Beendigung desselben. Er kann also,

11) Die Gründe für das Gesetz sind trefflich entwickelt in den Motiven (zum I E. Bd. I S. 353 ff., zum II. E. S. 371 ff.) und hiebei auch sowohl das Gemeine Recht, wie die verschiedenen sonstigen Legislationen erörtert. Ich übergehe indessen diese Ausführungen, da sie zur Interpretation des Gesetzes nicht nöthig scheinen.

12) Insbesondere liegt ein Verzicht auf das Absonderungsrecht nicht schon zu der Anmeldung der Forderung im Konkurse, in der Betheiligung an Gläubigerversammlungen, in der Abstimmung bezüglich eines Zwangsvergleiches u. s. w. (Vgl. das Erk des ROHG. vom 8. Oktober 1878 in Bd. XXIV S 217) und das Erk. des RG. v. 20. Dezember 1879 (Bd. I S. 183).

13) Die Entsch. des ROHG. in Bd 21 S. 219 und des Obertribunals in Berlin in Striethorst Bd. 100 S. 271 passen nicht mehr für die KO.

14) Das heißt, eine nicht vollständige Aufgabe des Rechtes auf Absonderung; z. B. der Gläubiger würde zwar auf die Zwangsversteigerung, nicht aber auf die Zwangsverwaltung verzichten. Ein solcher Verzicht ist zwar an sich zulässig, aber nicht genügend, um eine Betheiligung an der Masse als persönlicher Gläubiger zu bewirken.

soweit er verzichtet hat, auf sein Pfand- oder sonstiges Absonderungsrecht nicht mehr zurückgreifen Dagegen bleibt, wenn ein solcher Verzicht nicht vorliegt, das Rechtsverhältniß durch das Konkursverfahren unberührt, das heißt: soweit der Absonderungsberechtigte Rechte hat und soweit ihm von Seite des Gemeinschuldners als Absonderungsverpflichteten Einreden entgegenstehen, wird durch die Anmeldung im Konkurse Nichts geändert[15]).

g. (ausgefallen ist).

Soferne der Absonderungsberechtigte auf sein Absonderungsrecht nicht verzichtet, kann er an der persönlichen Masse nur Theil nehmen, soweit er aus dem Absonderungsobjekte seine Befriedigung nicht erlangt. Er muß also, um als persönlicher Gläubiger berücksichtigt zu werden, nachweisen, wie viel er aus dem Verkaufe des ihm speziell verhafteten Vermögenstheiles erhalten und wie viel er demnach verloren hat[16]). Hieran ändert der Umstand nichts, daß er nach §. 141, so lange nicht endgültig vertheilt wird, seinen „muthmaßlichen" Ausfall zur Geltung bringen kann, weil dies nur eine Sicherungsmaßregel bleibt und der wirkliche Ausfall bis zur Schlußvertheilung jedenfalls eingetreten und nachgewiesen sein muß.

---

§. 58.

Betagte Forderungen.

Betagte Forderungen[a]) gelten als fällig[b]).

Eine betagte unverzinsliche Forderung[c]) vermindert sich auf den Betrag[d]), welcher mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen[e]) desselben für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens[f]) bis zur Fälligkeit dem vollen Betrage der Forderung gleichkommt.

I. E. §. 67; II. E. §. 58; Pr. H. E. — Pr. KO. §. 249; B. Pr. O. Art. 836.

a. (Betagte Forderungen).

Unter einer „betagten" Forderung versteht der vorstehende Paragraph nicht blos diejenigen Forderungen, bei denen das Rechtsgeschäft selbst, aus welchem die Forderung entspringt, an einen dies geknüpft ist, sondern auch diejenigen, bei welchen das Geschäft, der Vertrag ohne Hinzufügung eines dies abgeschlossen, das Forderungsrecht, die Leistungspflicht aber nicht sofort

---

15) So z. B. lebt das beneficium excussionis nach Beendigung des Konkurses wieder auf; der Absonderungsberechtigte muß (soferne dies gesetzliche Vorschrift ist), bevor er das anderweitige Vermögen des Schuldners angreift, vorerst sich an das Pfand halten.

16) Eine besondere Anwendung dieses Satzes auf den Fall des Zwangsvergleiches siehe zu §. 178.

werden können; es wäre möglich, den Betrag der unfälligen Forderung so lange zurückzuhalten, bis der Zahlungstag eintritt, und dies war ehedem Preußisches Recht [5]). Allein hiedurch werden Schwierigkeiten und Verzögerungen verursacht und die KO. folgt daher dem Grundsatze: im Konkurse werden auch die nichtfälligen Forderungen bezahlt [6]), die Eröffnung des Konkurses läßt das Forderungsrecht des Gläubigers als eingetreten erscheinen [7]). Dieser Eintritt wirkt gegenüber dem Gläubiger selbst [8]) und gegenüber den Konkursgläubigern, nicht aber bezüglich des Gemeinschuldners für seine Person außerhalb des Konkursverfahrens und ebenso nicht für Dritte, insonderheit für die Bürgen [9]). Auch hinsichtlich des Absonderungs-

---

5) Allg. Ger.-O. I, 50. §§. 155, 555. Nach LR. Th. I Tit. 11 §§. 759 u. 760 unter Umständen auch ohne eigentlichen Konkurs.

6) Gemeinrechtlich gleichfalls anerkannt.

7) Sie macht nicht überhaupt die Forderung fällig; der Satz des Art. 448 des Code de commerce: l'ouverture de la faillite rend exigibles les dettes passives non échues ist unrichtig. Denn der Mitschuldner braucht nicht zu zahlen.

8) Wenn gleich der Termin zu seinen Gunsten gesetzt war, ist der Gläubiger dennoch verpflichtet, den jetzigen Werth seiner künftigen Forderung anzunehmen (Motive). Er kann dieser Folge aber natürlich dadurch ausweichen, daß er sich im Konkurse überhaupt nicht betheiligt. Vgl. Note 11.

9) Das Erk. des RG. v. 11. Februar 1881 (Entscheid. Bd. III S. 356) sagt in dieser Hinsicht: „Daß mit Eröffnung des Konkurses betagte Forderungen fällig werden, steht weder mit dem Forderungsrechte, noch mit dem Wesen der Befristung im Zusammenhange, beruht vielmehr auf dem Zwecke des Konkursverfahrens, das gesammte Schuldenwesen auf einmal zu erledigen. Der §. 58 soll sich daher, wie auch aus den Motiven unzweifelhaft hervorgeht, nur auf die Konkursgläubiger und die Grenzen des Konkursverfahrens beziehen. Aus dieser konkursrechtlichen Bestimmung kann daher keinesfalls hergeleitet werden, daß die Fälligkeit der Forderung auch zum Nachtheile des Bürgen eintrete. Es müßte daher der Satz, daß diese gegen den Hauptschuldner — oder eigentlich gegen die Konkursmasse — eintretende Fälligkeit auch gegen den Bürgen wirke, aus dem Wesen der Bürgschaft hergeleitet werden können, was jedoch nicht der Fall ist. Denn der accessorischen Natur der Bürgschaft widerstreitet es so wenig wie der Sammtverbindlichkeit, daß der Bürge unter anderen Modalitäten verhaftet sei, wie der Hauptschuldner, und wenn Bedingungen oder Termine vereinbart sind, welche diesem und dem Bürgen zu Gute kommen, so würde es gegen die Grundsätze über Erfüllung der Verträge verstoßen, wenn eine nachträgliche Aufhebung durch einseitiges Vorgehen des Hauptschuldners zum Nachtheile des Bürgen zugelassen würde; so wenig jener durch eine Verzichterklärung die bewilligten Termine zum Nachtheile des letzteren aufheben kann, ebensowenig kann

rechtes tritt die Fälligkeit weder für noch gegen den Absonderungsberechtigten ein. Gesetzt, bei der Handelsbank sind für ein nach sechs Monaten fälliges Accept des Gemeinschuldners Werthpapiere deponirt, so kann die Bank diese Papiere vor der Fälligkeit nicht verkaufen. Insbesondere werden betagte Hypothekforderungen [10]) an sich durch die Konkurseröffnung nicht fällig, auch die durch Mobiliarpfand gesicherte Forderung wird zwar als persönliche Forderung sofort fällig, nicht aber wird der Gläubiger sofort auch zur Realisirung des Pfandes befugt. Für das Konkursverfahren aber wirkt die durch die Eröffnung des Verfahrens bewirkte Nothwendigkeit, alle persönlichen Ansprüche im Verhältnisse ihres Werthes zu befriedigen, soviel, daß auch eine noch betagte Forderung nicht im Unentschiedenen gelassen, sondern ihrem gegenwärtigen Werthe nach mit in Berechnung gezogen werden muß. Eben aus diesen Gründen kommt es, wie schon bemerkt, nicht darauf an, ob der noch nicht eingetretene Termin zu Gunsten des Schuldners oder des Gläubigers gesetzt war; auch in diesem letzteren Falle muß er — wenn er überhaupt aus der Masse Etwas will [11]) — sich dem §. 58 fügen.

c. (Eine betagte unverzinsliche Forderung).

Wenn eine noch nicht fällige Forderung zugleich verzinslich ist, so nimmt das Gesetz an, daß weder der Gläubiger einen Nutzen, noch der Gemeinschuldner einen Schaden hat, wenn die Fälligkeit als durch die Konkurseröffnung eingetreten erachtet wird, weil dann das Aufhören der Zinspflicht die frühere Zahlung ausgleicht. Man könnte die Richtigkeit dieser Aufstellung — im Verhältnisse zu der Diskontirung unverzinslicher Forderungen

---

diese Folge an ein Ereigniß (wie die Konkurseröffnung) geknüpft werden, welches nur den Hauptschuldner, nicht den Bürgen trifft. Die Bürgschaft soll für den Fall Sicherung schaffen, daß der Hauptschuldner nicht bezahlt, und diese Sicherheit wird dadurch, daß derselbe vor Ablauf der Termine zahlungsunfähig wird, in keiner Weise geändert, und liegt deshalb kein innerer Grund vor, auch gegen den Bürgen vor Fristablauf zu klagen und denselben durch sofortige Beitreibung der ganzen Forderung möglicherweise ebenfalls in Konkurs zu bringen."

10) Soferne nicht landesgesetzlich ein Anderes bestimmt ist, was wohl in der Regel der Fall sein wird. So hat z. B. das Bayerische Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen Geldforderungen in Art. 169 auch für die absonderungsberechtigten Gläubiger den Satz ausgesprochen, daß sie die Zwangsvollstreckung auch dann beantragen können, wenn ihre Forderungen betagte oder bedingte sind.

11) Natürlich steht ihm frei, sich nicht zu melden und später (vorbehaltlich des §. 11 der KO.) den Schuldner nach Eintritt des Termines persönlich zu belangen.

nach dem gesetzlichen Zinsfuße — dann bestreiten, wenn der vertragsmäßige Zinsfuß unter dem gesetzlichen bleibt[12]). Allein nachdem das Gesetz einen Unterschied nicht macht, sondern lediglich die unverzinslichen Forderungen diskontiren läßt, muß es dabei sein Bewenden haben.

d. (vermindert sich auf den Betrag).

Nachdem (vgl. §. 56 Ziff. 1) von der Konkurseröffnung an der Zinsenlauf der Masse gegenüber sistirt wird und ein verzinsliches Kapital daher der anfallenden Zinsen entbehren muß, entspricht es der Billigkeit, daß auch ein unverzinsliches noch nicht fälliges Kapital sich eine adäquate Behandlung gefallen zu lassen hat. Diese kann nun nur darin bestehen, daß sich die zu fordernde Summe um denjenigen Betrag mindert, welcher durch verzinsliche Anlage der Summe in der Zeit bis zur Fälligkeit erzielt werden kann, das heißt: der erst später fällige Betrag wird „diskontirt". Als Höhe des Diskontosatzes ist die Höhe des gesetzlichen Zinsfußes erklärt, welcher sich bekanntlich bei Handels- und Wechselschulden auf 6%, im Uebrigen in der Regel auf 5% berechnet. Hiebei verordnet aber das Gesetz nicht, daß am Kapitale, welches diskontirt werden soll, die Summe der bis zum Fälligkeitstermine zu erwartenden Zinsen abgezogen werden soll[13]). Vielmehr soll der Gläubiger jene Summe erhalten, welche unter Hinzurechnung des vom Tage der Konkurseröffnung an bis zum Fälligkeitstage zu erzielenden Zinses den Forderungsbetrag ausmacht[14]). Jedoch nur des Zinses, nicht der Zinseszinsen[15]), und zwar mit Recht, denn bei kleineren Beträgen wäre es dem Gläubiger offenbar nicht möglich, das Geld sofort verzinslich anzulegen[16]). Wenn daher z. B. der am 1. Juli in Konkurs verfallene A dem B für am 1. April gelieferte Waaren sechs Monat dato 1000 Mark schuldet, und also B seine 1000 Mark erst zum 1. Oktober verlangen kann, so gebührt ihm billigerweise am 1. Juli nur so Viel, als die erst am 1. Ok-

12) Wenn die am 1. Juli 1880 fälligen 1000 Mark auf einem Wechsel beruhen, erhält, falls die Konkurseröffnung am 1. April erfolgt, der Gläubiger nur 980 Mark; war aber die Summe ein 3%iges Darlehen, so wird nicht etwa mit 3% (nämlich die gesetzlichen 6% weniger die vertragsmäßigen 3%) diskontirt, sondern der Gläubiger erhält die vollen 1000 Mark.

13) Dies ist die sog. Carpzow'sche Methode; allein nach dieser würde bei einem gesetzlichen Zinsfuße von z. B. 5% (da $5 \times 20 = 100$) ein in 20 Jahren fälliges unverzinsliches Kapital von 100 heute sich berechnen auf 100 — 100, also auf 0.

14) Sogenannte Hoffman'sche Methode.

15) Wie die sog. Leibnitzische Methode vorschreibt.

16) Noch die Bayerische Prozeßordnung von 1869 hat dies in Art. 836 u. 1217 wenigstens unter gewissen Verhältnissen verlangt.

tober fällige Forderung am 1. Juli werth ist. Als diesen Werth erklärt aber das Gesetz jene Summe, welche zu 6% (denn dies ist für eine Waarenschuld der gesetzliche Zinsfuß) angelegt in 3 Monaten 1000 Mark beträgt.

Der zu liquidirende Betrag verhält sich also zur geschuldeten Summe, wie sich diese als unverzinsliches Kapital gedacht verhält zu demselben als verzinslich gedachten Kapitale, letzteres vermehrt durch die in der Zeit bis zum Fälligkeitstermine erwachsenden Prozente nach dem jeweiligen gesetzlichen Zinsfuße[17]). Mathematisch ausgedrückt: der zu liquidirende Betrag muß seinem Werthe nach entsprechen der 100fachen geschuldeten Summe, getheilt durch das um 100 vermehrte Produkt aus Prozentsatz und Frist bis zur Fälligkeit[18]). Der Gläubiger meldet demnach an: jenen Betrag, der mit den gesetzlichen Zinsen bis zur Fälligkeit dem Nominalbetrage der geschuldeten Summe gleichkommt[19]). Hienach berechnet sich für eine unverzinsliche Schuld von 100 Mark, welche von der Konkurseröffnung in einem Jahre fällig ist, der anzumeldende Betrag:

A. bei einer Handels- und Wechselschuld (also bei 6% gesetzlichen Zinsen) mit 94 Mark 34 Pfennigen[20]);

B. bei einer gewöhnlichen Schuld (zu 5%) mit 95 Mark 24 Pfennigen;

---

17) Setzen wir den zu liquidirenden Betrag als die zu suchende Größe = x, die geschuldete Summe = S; das Kapital in seiner unverzinslichen Eigenschaft = K, als verzinslich gedacht aber = C, den Prozentsatz = p und die Zeit = n, so haben wir

$$x : S = K : C + np.$$

18) Setzen wir den zu liquidirenden Betrag = C, die geschuldete unverzinsliche Summe = S, den Prozentsatz = p und die Zeit bis zur Fälligkeit = n, so ergibt sich die Gleichung

$$S = C + nC. \frac{p}{100};$$

woraus $C = \frac{100\ SC}{100 + np.}$ wird.

19) $x + \frac{p}{C} \times x \times n = S.$

20) Bei Handels- und Wechselsachen berechnet sich das Jahr auf 360 Tage, der Monat auf 30 Tage (der 31. zählt nicht, dagegen der 28. Februar drei Tage, und im Schaltjahr der 29. Februar zwei Tage). Hierüber herrscht Einigkeit; denn weder will Hullmann S. 211 diese Berechnung für andere als Handels- und Wechselforderungen (wird also von Sarwey S. (429) 513 falsch citirt), noch schließt Sarwey für diese Forderungen (wie v. Wilmowski S. 290 irrigerweise meint) die bezeichnete Jahreseintheilung aus.

C. wenn der gesetzliche Zinsfuß 4% sein sollte, mit 96 Mark 16 Pfennigen[21]),

[wobei immer die Pfennige um einen Bruchtheil zu hoch angesetzt sind][22]).

Für den gesetzlichen Zinsfuß von 5% stellt sich für je 100 Mark unverzinslichen Forderungsbetrag die zu liquidirende Summe nach der in Jahren fortschreitenden Fälligkeit folgendermaßen[23]):

---

21) Die Gleichung der Note 18 erprobt bei 6%:

$$C = \frac{100 . 100}{106} = \frac{10000}{106};$$

$$\text{oder } \log C = \begin{array}{r} 4{,}00000 \\ 2{,}02531 \\ \hline 1{,}97469 \end{array}$$

daraus C = 94,3396 ..... Mk.

Bei 5% ist die Gleichung $C = \frac{10000}{105} = 95{,}238$ ... Mk.

Bei 4% $C = \frac{10000}{104} = 96{,}154$ ... Mk.

Will man die Richtigkeit der einzelnen Rechnung erproben, so setzt man das gefundene C in obiger Gleichung $S = C + nC . \frac{p}{103}$ oder $S = \frac{(C\,100 + np)}{103}$ ein, wobei dann S als Unbekannte angenommen wird. Ferner läßt sich die Probe nach folgenden Ziffern machen: bei einem Zinsfuße von 6% (das Jahr zu 360 Tagen gerechnet) trägt die Mark täglich $^1/_{60}$ Pf.; monatlich $^1/_2$ Pf., jährlich 6 Pf. Zinsen, bei 5% (das Jahr zu 365 Tagen gerechnet) täglich $^1/_{73}$ Pf., monatlich $^5/_{12}$ Pf.; jährlich 5 Pf.; sonach tragen z. B. 95 Mark 24 Pf. zu 5% in 365 Tagen: $95{,}24 \times 365 \times \frac{1}{73}$ oder $\frac{34762{,}60}{73}$ oder 4,76 Mk. Addirt man diesen Zins zu der liquidirten Summe von 95,24, so erhält man die geschuldeten 100 Mk.

22) Die genaue Zahl ist:

ad A. 94,33962264150943396226415094 .....
ad B. 95,238095238095 .....
ad C. 96,153846153846 .....

23) Die Gleichung in Note 18 zeigt, daß sich für je 100 Mark bei einem gesetzlichen Zinsfuße von 5% die zu liquidirende Summe nach der Zahl der Jahre, in denen sie fällig ist, darstellt als Quotientenreihe in der Form:

$$\frac{2000}{21}; \frac{2000}{22}; \frac{2000}{23} \ldots \frac{2000}{20 \times n}$$

Fällig nach	auf	genau	Fällig nach	auf	genau
1 Jahre	95 Mk. 24 Pf.	$23^{17}/_{21}$ Pf.	21 Jahren	48 Mk. 78 Pf.	$78\,^{2}/_{41}$ Pf.
2 Jahren	90 „ 90 „	$90\,^{2}/_{22}$ „	22 „	47 „ 62 „	$61^{38}/_{42}$ „
3 „	86 „ 96 „	$95^{15}/_{23}$ „	23 „	46 „ 51 „	$51\,^{7}/_{43}$ „
4 „	83 „ 33 „	$33\,^{8}/_{24}$ „	24 „	45 „ 45 „	$45^{20}/_{44}$ „
5 „	80 „ — „		25 „	44 „ 44 „	$44^{20}/_{45}$ „
6 „	76 „ 92 „	$92\,^{8}/_{26}$ „	26 „	43 „ 48 „	$47^{38}/_{46}$ „
7 „	74 „ 07 „	$07^{11}/_{27}$ „	27 „	42 „ 55 „	$55^{18}/_{47}$ „
8 „	71 „ 43 „	$42^{24}/_{28}$ „	28 „	41 „ 67 „	$66^{32}/_{48}$ „
9 „	68 „ 97 „	$96^{22}/_{29}$ „	29 „	40 „ 82 „	$81^{31}/_{49}$ „
10 „	66 „ 66 „	$66^{20}/_{30}$ „	30 „	40 „ — „	
11 „	64 „ 52 „	$41^{19}/_{31}$ „	31 „	39 „ 22 „	$21^{39}/_{51}$ „
12 „	62 „ 50 „		32 „	38 „ 46 „	$46\,^{8}/_{52}$ „
13 „	60 „ 61 „	$60^{20}/_{33}$ „	33 „	37 „ 74 „	$73^{31}/_{52}$ „
14 „	58 „ 82 „	$82^{12}/_{34}$ „	34 „	37 „ 04 „	$03^{38}/_{54}$ „
15 „	57 „ 14 „	$14^{10}/_{34}$ „	35 „	36 „ 36 „	$36^{20}/_{55}$ „
16 „	55 „ 56 „	$55^{20}/_{36}$ „	36 „	35 „ 71 „	$71^{24}/_{56}$ „
17 „	54 „ 05 „	$05^{15}/_{37}$ „	37 „	35 „ 09 „	$08^{44}/_{57}$ „
18 „	52 „ 63 „	$63\,^{6}/_{38}$ „	38 „	34 „ 48 „	$48^{16}/_{58}$ „
19 „	51 „ 28 „	$28\,^{8}/_{39}$ „	39 „	33 „ 90 „	$89^{49}/_{59}$ „
20 „	50 „ — „		40 „	33 „ 33 „	$33^{20}/_{60}$ „

Da indessen bei dem Umstande, daß die Eröffnung des Konkurses, nach welcher sich die Liquidation bemißt, gewöhnlich mitten im Jahreslaufe eintreten und daher in der Regel die Fälligkeit sich nicht nach ganzen Jahren, sondern nach Tagen berechnen wird, so soll auch diese Berechnung der Bequemlichkeit wegen für den praktischen Gebrauch hier angegeben werden[24]). Es wird bei 5% gesetzlichem Zinsfuß die für 100 Reichspfennige (= 1 Mark) nach Tagen zu berechnende Summe, wenn die Anzahl der Tage = d gesetzt wird, die Gleichung ergeben:

$$C = \frac{10000}{100 + \frac{d}{73}} \text{ Pf.}$$

24) Die Mehrzahl von Mark erfordert nur eine Multiplikation, das heißt z. B. für 3 Mark ist die dreifache Summe des für 1 Mark gefundenen Betrages anzusetzen. Aber für 1 Mark auf 3 Tage ist nicht die dreifache Summe des für 1 Tag gefundenen Betrages zu liquidiren, vielmehr ändert sich dieser in ganz anderer Weise.

Für einen Tag z. B. wird

$$C = \frac{730000}{7301}$$

$$\text{oder } \log C = \begin{array}{r} 5{,}86332 \\ 3{,}86338 \\ \hline 1{,}99994 \end{array}$$

woraus C = 99,98 Pf. wird.

Für	2 Tage	ist die	zu liquidirende	Summe	99,97	Pf.
„	3 „	„	„	„	99,96	„
„	4 „	„	„	„	99,95	„
„	5 „	„	„	„	99,93	„
„	6 „	„	„	„	99,92	„
„	7 „	„	„	„	99,90	„
„	8 „	„	„	„	99,89	„
„	9 „	„	„	„	99,875	„
„	10 „	„	„	„	99,86	„
„	73 „	„	„	„	99,009	„
„	74 „	„	„	„	98,99	„
„	149 „	„	„	„	98,25	„
„	150 „	„	„	„	97,97	„
„	224 „	„	„	„	97,009	„
„	225 „	„	„	„	96,99	„
„	303 „	„	„	„	96,002	„
„	304 „	„	„	„	95,98	„
„	365 „	„	„	„	95,24	„

e. (der gesetzlichen Zinsen).

Welche Zinsen die „gesetzlichen" seien, ist nach dem Landesrechte zu bemessen[25]). Den Hauptfall, wo im Konkurse unverzinsliche Forderungen mit späterer Fälligkeit vorkommen, werden wohl — außer den in §. 63 speziell erwähnten wiederkehrenden Leistungen — die Wechsel- und die Contocorrent-Forderungen bilden. Hier ist der Zins durch Art. 50 u. 51 der A. D. WO. und Art. 287 des A. D. HGB. auf 6 Prozent festgesetzt[26]).

f. (für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens).

Als der Tag, von welchem an der Diskonto zu berechnen ist, wird vom Gesetze nicht der Tag, an welchem der Gläubiger das ihm gebührende

---

25) Vgl. K. Prt. S. 55.

26) Im Uebrigen ist er in Bayern nach Art. 3 des Ges. vom 5. Dezember 1867 (Ges.-Bl. S. 251) auf 5 Prozent festgesetzt.

Geld wirklich erhält[27]), sondern der Tag[28]) der Konkurseröffnung erklärt[29]). Es frägt sich aber nun, wenn die Forderung bei der Anmeldung bereits fällig ist, muß ex post ein Abzug gemacht werden? Z. B. Kaufmann A hat eine am 1. Juli von Fabrikant B auf ihn gezogene Tratte von 1000 Mark 3 Monat dato acceptirt; am 15. September wird über ihn der Konkurs eröffnet; am 15. Oktober meldet B seine Forderung an. Zu welchem Betrage kann er dies thun? Nach dem Wortlaute der KO. muß er sich auch in diesem Falle den Diskont für die Zeit v. 15. September bis 1. Oktober abziehen lassen. Denn nachdem das Gesetz für diesen Fall eine Ausnahme nicht gemacht hat, darf auch in der Anwendung keine gemacht werden.

---

§. 59.

Resolutiv bedingte Forderungen.

Forderungen unter auflösender Bedingung werden wie unbedingte geltend gemacht.

I. E. §. 68; II. E. §. 59; Pr. H. E. —; Pr. KO. §. 250 Nr. 2; B. Pr. O. Art. 1118 Abs. 2.

Wenn das Forderungsrecht des Gläubigers mit dem Eintritte eines künftigen noch ungewissen Ereignisses aufgehoben sein soll, so hängt nicht sein *Bestehen*, sondern nur sein Bestehen*bleiben* von der (auflösenden) Bedingung ab[1]). Es ist deshalb natürlich und billig, daß im Konkurse die Forderung, eben weil sie zur Zeit vollkommen besteht und wirksam ist, als unbedingte behandelt wird. Sie kann also zum vollen Betrage liquidirt werden; sie nimmt zum vollen Betrage an allen Beschlußfassungen der Gläubiger Antheil; sie wird zum vollen Betrage bei allen Vertheilungen

---

27) Die Pr. KO. in §. 249 nannte den „Zahlungstag".

28) Nicht die Stunde; der Tag der Konkurseröffnung selbst zählt nicht mit.

29) Theoretisch richtig; denn wie die Motive (zum II. E. S. 278) bemerken, von diesem Zeitpunkte an hört der Bezug von Zinsen aus der Konkursmasse auf.

1) Denn das Geschäft, aus welchen in diesem Falle die Forderung entspringt, ist für sich selbst ein unbedingtes; daneben nur steht ein anderes auf dieses ursprüngliche bezügliche Nebengeschäft, welches bestimmt, daß im Falle des Eintrittes eines Ereignisses das ursprüngliche Geschäft wieder aufhören soll. Anders freilich nach der Auffassung von *Brinz*, Pand. (1. Aufl.) S. 1453, wonach schon jetzt das Geschäft auf einen gewissen, annoch aber ungewissen Fall *nicht* gewollt wird.

(sowohl bei den Abschlagsvertheilungen, wie bei der Schlußvertheilung) berücksichtigt. Die Thatsache allein, daß möglicherweise (im Falle des Eintrittes der Resolutivbedingung) der Gläubiger das Empfangene wieder zurückgeben muß, ist für den Konkurs ohne Einfluß. Der empfangende Konkursgläubiger ist in keiner anderen Lage wie der außerhalb eines Konkurses empfangende Gläubiger. Es kann ja sein, daß dieser für die mögliche Rückgabe Sicherheit leisten muß; dann kann sie auch vom Konkursgläubiger begehrt werden. Außerdem aber nicht. Die näheren Bestimmungen sind bei §. 155 der KO. gegeben, weshalb hierauf verwiesen werden kann.

---

§. 60.

Suspensiv bedingte Forderungen.

Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu einer Sicherung.

I. E. §. 69; II. E. §. 60; Pr. H. E. —; Pr. KO. §. 250 Nr. 1, §. 86; B. Pr. O. Art. 1118 Abs. 3.

I. Der vorstehende Paragraph stellt das Prinzip auf, dessen nähere Entwicklung in den §§. 142 und 155 der KO. gegeben wird. Hienach erhält der suspensiv berechtigte Gläubiger niemals eine effektive Auszahlung aus der Konkursmasse, sondern die auf seine Forderung treffende Dividende wird in den Abschlagsvertheilungen zurückbehalten und bei der Schlußvertheilung wird nicht seine Forderung, sondern lediglich sein Anspruch auf Sicherheitsbestellung berücksichtigt [1]). Die Geltendmachung im Konkurse aber erstreckt sich nominell auf den vollen Betrag [2]); dieser wird angemeldet und

---

1) Dies war im Entwurfe in §. 60 ausdrücklich erwähnt, wurde aber, ohne daß eine materielle Anordnung beabsichtigt gewesen wäre, geändert. Vgl. K Prt. S. 55 und 153.

2) Man könnte sehr wohl daran denken, den §. 62 der KO. auf solche Forderungen anzuwenden; wenn der Gemeinschuldner z. B. verpflichtet ist, der Fräulein Lina bei ihrer Verheirathung 5000 Mark zu bezahlen, so ließe sich diese an sich ungewisse Forderung allerdings schätzen. Denn die „Hoffnung“ ist, wie mein unvergeßlicher Lehrer Staatsrath v. Herrmann in seinen Vorlesungen über Nationalökonomie zu sagen pflegte, auch nur eine mathematische Größe; sie ist ein Quotient, dessen Zähler das in Aussicht stehende Objekt multiplizirt mit der Wahrscheinlichkeit, und dessen Nenner die Möglichkeit ist. Wenn nun Fräulein Lina hübsch ist und unter 100 hübschen Mädchen im Durchschnitt 73 heirathen, so ist ihre Forderung werth: $\frac{5000 \text{ Mark} \times 73}{100}$. Ist sie häßlich, so läßt sie sich höchstens auf $\frac{5000 \times 15}{100}$ anschlagen. Allein das Gesetz nimmt von solchen Berechnungen Abstand.

bei der Dividendenberechnung zu Grunde gelegt. Auch bei der Beschlußfassung der Gläubiger nimmt er wie ein unbedingt berechtigter Theil [3]); soferne indessen der Verwalter oder ein Mitgläubiger Einsprache erhebt, hat das Gericht zu entscheiden, ob oder zu welchem Betrage die Forderung einstweilen angesetzt werden soll [§. 88 der KO. [4])]. Der Richter wird hiebei besonders zu prüfen haben, ob der Eintritt der Bedingung bis zur Beendigung des Konkurses wahrscheinlich ist oder nicht, ob also der bedingt Berechtigte ein näheres oder nur ein entferntes oder gar kein Interesse an der Konkursverhandlung hat. Man denke sich folgenden Fall [5]): ein Erblasser hat seine Tochter mit einer kleineren Summe abgefunden und das ganze übrige Vermögen seinem Sohne zugewendet unter der (kautionsfreien) Verpflichtung, daß er 20,000 Thaler der Tochter herausgebe, falls sie eheliche Descendenz erhalten sollte; mit dem ererbten Vermögen treibt der Sohn einige Jahre lang sein Geschäft, dann fallirt er und es wird nun die noch ungewisse Forderung auf 20,000 Thlr. in seinem Konkurse angemeldet. Wenn nun die Tochter 18 Jahre alt ist und in diesem Zeitpunkte sich eben auf ihrer Hochzeitsreise mit dem jungen X befindet, so wird der Richter den Werth der suspendirten Forderung sicherlich höher anschlagen, als wenn die fragliche Tochter bereits in Mitte der Fünfziger steht und noch keinen Mann gefunden hat. Für letztere besteht kaum mehr eine „Hoffnung", während für erstere diese vielleicht schon nahe steht.

II. Der Ausdruck „berechtigen nur zu einer Sicherung" ist nicht so auszulegen, als ob jeder suspensiv berechtigte Gläubiger an sich wegen der Konkursmäßigkeit des Schuldners Sicherstellung verlangen könne [6]). Die Sicherung, von welcher das Gesetz spricht, ist lediglich die in §. 155 Ziff. 2 und §. 142 der KO. näher bezeichnete und soll daher obiger Satz nur bedeuten: „suspensiv bedingte Forderungen werden nur soweit berücksichtigt, als die §§. 142, 155 Ziff. 2 und §. 88 es zulassen [7])".

---

3) Der I. E. wollte, wie die Motive zu §. 69 (Bd. I S. 363) bezeugen, den bedingten Gläubiger an der Beschlußfassung, namentlich über einen Akkord, nicht Theil nehmen lassen.

4) Daß die Entscheidung immer nur für die betreffende Gläubigerversammlung gilt und der bedingt Berechtigte ein bleibendes Stimmrecht nicht erwirbt, darüber vgl. die Erk. zu §. 89 lit. e.

5) Motive zum II. E. S. 281.

6) Dieses System war ehedem das übliche. Der Antheil des bedingt Berechtigten wurde in infinitum zurückbehalten; vgl. die Darstellung der bisherigen Rechte, die Gründe der neuen Gestaltung u. s. w. in den Motiven zum II. E. S. 279.

7) Der Entwurf lautete auch: „Forderungen unter aufschiebender Bedingung

III. Das Gesetz bedient sich des allgemeinen Ausdruckes: „Forderungen unter aufschiebender Bedingung“ [8]). Die Motive zu dem §. 60 dagegen beginnen mit dem Satze: „Bedingungen, deren Erfüllung auf eine Thätigkeit des Gemeinschuldners gestellt ist, schließen die Forderung von der Theilnahme an dem Konkursverfahren gänzlich aus; jede Rechtshandlung, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung desselben vornimmt, ist in Bezug auf die Konkursgläubiger nichtig, die Erfüllung der Bedingung durch ihn vermag daher eine Konkursforderung nicht zu erzeugen“. Ich kann diesen Satz in solcher Allgemeinheit nicht als richtig anerkennen. Vor Allem muß doch der Anspruch auf Sicherstellung, soferne er mit der bedingten Forderung verbunden ist, für den Fall, daß die Handlung des Gemeinschuldners nach Beendigung des Konkurses eintritt, im Konkurse Berücksichtigung finden. Gesetzt, mein Onkel A hat sein Vermögen meinem Vetter B hinterlassen, für den Fall aber, daß derselbe die von ihm geliebte Tänzerin C heirathen würde, verfügt, daß er dann 100,000 Mark herauszugeben habe; zur Sicherung dieser Bestimmung hat er mich ermächtigt, die Deponirung der fraglichen Summe zu verlangen, bis entweder mein Vetter oder die Tänzerin anderweitig sich verheirathet haben oder mit Tod abgegangen sein würden. Sollte ich hier nicht nach §. 142 Abs. 2 der KO., obwohl es sich nur um eine völlig im Willen des Verpflichteten liegende Bedingung handelt, im Konkurse Berücksichtigung finden? Aber noch mehr; wenn mein Vetter, nachdem er in Konkurs gerathen ist, während des Verfahrens seine Geliebte heirathet, soll ich nicht meine Forderung geltend machen dürfen? Man kann einwenden, in diesem Falle träfen die Gründe der Motive deshalb nicht zu, weil hier keine „Rechtshandlung“ des Schuldners in Frage komme. Allein setzen wir folgendes Beispiel: ich verkaufe ein Haus an A um 100,000 Mark unter Beifügen der Bedingung, daß, falls A das Haus weiter verkauft, er mir noch 10,000 Mark nachzuzahlen habe. A kommt in Konkurs, der Verwalter verkauft das Haus; soll ich meine auf diesen Fall stipulirte 10,000 Mark nicht fordern können? Ich kann unter solchen Umständen [9]) nicht zu-

---

berechtigen nur zu dem Verlangen der Sicherstellung nach Maßgabe des §. 142“. In der Kommission (vgl. K. Prt. S. 55) wurde die Verweisung auf einen späteren Paragraphen als Redaktionsfehler bemängelt und daher geändert.

8) Wie Fitting §. 8 Note 23 mit Recht bemerkt, fallen auch bedingte Vermächtnisse hieher; obwohl dieselben eigentlich erst mit der Erfüllung der Bedingung erworben werden. Nur wird immerhin zu berücksichtigen sein, daß solchen Forderungen in der Regel der §. 56 Nr. 4 entgegenstehen wird. Siehe oben S. 653.

9) Obwohl ich mich damit zu meinem Bedauern mit vielen Kommentatoren

geben, daß die Forderungen, welche durch eine in der Willkür des Gemeinschuldners stehende Handlung bedingt sind, von dem §. 60 nicht betroffen werden. Nur dann ließe sich dieser Satz rechtfertigen, wenn die Forderung an das einfache Wollen des Gemeinschuldners geknüpft wäre [10]); denn für eine solche würde wohl die Vorschrift des §. 56 Ziff. 4 der KO. Platz greifen [11]).

IV. Die am häufigsten in der Praxis vorkommenden suspensiv bedingten Forderungen sind die Regreßforderungen der Bürgen und Mitschuldner des Kridars, „welche im geschäftlichen Leben, besonders im Wechselverkehr eine große Rolle spielen" [12]). War von Seite des subsidiär Verpflichteten in solchem Falle schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens gezahlt, so purifizirt sich dessen suspendirte Forderung [13]) und er ist für seine Regreßforderung gewöhnlicher Konkursgläubiger; unter dieser Voraussetzung also bietet diese Art von Haftungen keine besondere Schwierigkeit [14]). Anders, wenn der Regreß noch schwebt und also die Forderung nach Eröffnung des Verfahrens nur eine eventuelle ist. In diesem Falle nahm das bisherige

---

in Widerspruch setze, z. B. Fuchs S. 43 Nr. 1: Hullmann S. 212, Stieglitz S. 396, v. Wilmowski S. (55, 184) 65 u. 292. Insbesondere bringt v. Sarwey in seiner zweiten Auflage (S. 517) sehr scharfsinnige Gegengründe gegen meine Aufstellung vor, welche mich vielleicht schwankend gemacht haben würden, wenn nicht Petersen's (S. 282) Ausführungen mich in meiner Meinung bestärkt hätten und auch Fitting §. 8 Note 24 die gleiche Unterscheidung, wie oben, machen würde.

10) Setzen wir z. B. den Fall: A hinterläßt dem B ein Pferd mit der Bestimmung, wenn er es nicht wolle, solle es dem C zufallen. Hier kann freilich der zum Gemeinschuldner gewordene B nicht mehr durch ein „Nichtwollen" den C zum Berechtigten machen.

11) Fitting a. a. O. schließt die Forderung dann aus, „wenn die Erfüllung der Bedingung in der Weise in das Belieben des Gemeinschuldners gestellt ist, daß der Sache nach die Erfüllung als die Erklärung des Willens, den Anspruch zu begründen, erachtet werden müßte." Er rechnet deshalb neben der conditio „si velit" auch die Bedingungen auf Vornahme ganz gleichgültiger Handlungen (z. B. eines Spazierganges u. s. w.) hieher, womit ich mich wohl einverstanden erklären kann, da hier nicht die werthlose Handlung selbst, sondern der Wille sie vorzunehmen das Entscheidende ist

12) Vgl. Motive zum II. E. S. 282 ff.

13) Sie ist in ihrer eventuellen Wirksamkeit schon vorher begründet gewesen, fällt daher unter §. 2 der KO. Vgl. indessen wegen des Wechselprotestes oben S. 130 und 585.

14) In diesem Falle bietet auch §. 61 der KO. kein Hinderniß, weil der primäre Gläubiger nur vorher seine geminderte Forderung anmelden darf.

Preußische Recht (Pr. KO. §. 86) an, es könne der Bürge und Regreßgläubiger einen Anspruch überhaupt nicht erheben; Voraussetzung eines solchen sei ja immer das Gezahlthaben für den Gemeinschuldner und solange dies nicht geschehen, bleibe unbestimmt, nicht nur was, sondern ob zu fordern sei, und es liege zugleich die Gefahr der Doppelforderung vor[15]). Die Motive zur KO. erklären diese Bestimmung des Pr. R. für unrichtig und unbillig. Sie sagen: „Ihre empfindliche Härte für den Verkehr liegt auf der Hand; fast regelmäßig sind bei Eröffnung des Konkurses Wechsel und Handelspapiere in Umlauf, von denen der Mitverpflichtete des Gemeinschuldners nicht weiß und nicht wissen kann, in wessen Hand sie sich gegenwärtig befinden und ob dereinst er aus denselben in Anspruch genommen werden wird; vor der häufig erst in geraumer Frist eintretenden Verfallzeit ist er nicht im Stande den Gläubiger zu befriedigen und dessen Recht zu erwerben; der Gläubiger ist durch die Haftung des oder der Anderen oder sonstwie gesichert und hat kein Interesse am Konkurse, inzwischen schreitet das Verfahren vorwärts, Vertheilungen finden statt, ein Akkord wird verhandelt — jede Theilnahme, jeder Rückgriff ist dem Mitverpflichteten abgeschnitten". Die Motive sind deshalb der Ansicht, „es liege in der That ein Grund, solche Regreßforderungen anders zu behandeln, als die übrigen gesetzlich bedingten Forderungen, nicht vor". Auch die Gefahr der Doppelforderung erkennen sie nicht an. Es werde übersehen, daß aus der Liquidirung allein niemals der Masse ein Nachtheil erwachsen könne. Werde die angemeldete Regreßforderung wie jede andere bedingte Forderung behandelt, so sei der bedingt Berechtigte von dem Empfang irgend einer Hebung ausgeschlossen, es könne für ihn nur Sicherstellung erfolgen und in diesem Falle werde ein entsprechender Betrag reservirt. Melde sich nun auch der Gläubiger — und zwar vor der Schlußvertheilung, denn von da ab sei ja auf dieselbe ohnehin keine Rücksicht mehr zu nehmen —, so entscheide sich dadurch zugleich, ob für den Rückgriff die Bedingung defizire[16]). Soweit der Gläubiger aus der Masse Zahlung erhalte, falle der Rückgriff zweifellos

---

15) Gesetzt, der Darlehensgläubiger A liquidirt seine dargeliehenen 1000 Mark im Konkurse des B; der Bürge des B liquidirt aber seine eventuelle Forderung von 1000 Mark (auf den Fall, daß der A sich an ihn halten würde) gleichfalls, so liegt offenbar eine zweimalige Anmeldung derselben materiellen Schuld vor.

16) Beim Regreßgläubiger ist die Bedingung, unter welcher er zu fordern hat, die Thatsache, daß er für den primären Schuldner gezahlt hat; will er also den Nachweis des Eintrittes der Bedingung führen, so muß er nachweisen, daß er gezahlt hat. Hat aber er gezahlt, so kann der primäre Gläubiger aus der Konkursmasse Nichts mehr fordern.

Mandatsverhältniß Schadloshaltung gewährt werden für das, was er in Folge dessen dem Gläubiger habe zahlen müssen[17])."

Während nun ein Erkenntniß des Reichsgerichtes[18]) diese Ansicht gleichfalls seiner Entscheidung zu Grunde legt, tritt ein späteres Erkenntniß des Reichsgerichtes[19]) den Motiven mit folgender Argumentation entgegen: „die Zahlung des Bürgen befreit den Schuldner nicht; sie befreit ihn allerdings von dem alten Gläubiger, regelmäßig aber nur mit der Wirkung, daß an dessen Stelle sofort ein neuer Gläubiger ersteht, sie entledigt ihn also nicht der Schuld, welche sein Vermögen belastet. Vorstehendes gilt schon von der außerhalb des Konkurses geschehenen Zahlung. Noch anders verhält es sich mit derjenigen, welche der Bürge erst nach der Eröffnung des Konkurses leistet. Diese Zahlung hat nicht einmal jederzeit die Folge, daß die Konkursmasse von Gläubigern befreit wird. Denn nach §. 61 kann der Gläubiger, obschon er inmittels vom Bürgen eine Theilzahlung erhielt, im Konkurse des Gemeinschuldners dennoch „bis zu seiner vollen Befriedigung den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte". Der Theilzahlung des Bürgen ohngeachtet, besteht daher die Forderung des Gläubigers dem Konkurse gegenüber in ihrem ursprünglichen Betrage fort. Die Konkursdividende des Gläubigers berechnet sich nach letzterem, ausgenommen die nach dem angemeldeten Forderungsbetrage berechnete Dividende überstiege den vom Bürgen nicht gedeckten Forderungsrest; alsdann, indessen nur dann, verschafft die Zahlung des Bürgen den übrigen Konkursgläubigern einen Vortheil, nämlich den, daß der überschießende Dividendenbetrag in der Masse verbleibt (weil der Gläubiger aus der Masse und vom Bürgen zusammen nie mehr empfangen darf, als ihm wirklich gebührt.) Ueberall da aber, wo die Zahlung des Bürgen den Konkursgläubigern keinen Vortheil bringt, ist sie für den Kon-

---

17) Vgl. die Anwendung dieses Satzes auf sog. Gefälligkeitswechsel in den Erkenntnissen des Berliner Obertribunals vom 24. April und 30. Okt. 1860, vom 11. Juni 1861, vom 12. September und 17. Oktober 1861, (Striethorst Bd. 37 S. 192, Bd. 39 S. 128, Bd. 41 S. 329, Bd. 43 S. 147).

18) Erk vom 29. Oktober 1881 (Entscheid. Bd. VII S. 81), welches die Frage, ob der aus einem Gefälligkeitswechsel Verpflichtete die Akkordrate, die dem Wechselgläubiger bereits einmal bezahlt war, auch für sich von demjenigen Betrage, den er selbst als haftbar aus seinem Giro diesem Gläubiger bezahlen mußte, fordern könne, bejahend entscheidet.

19) Erk. vom 24. April 1883 in den Entscheid. Bd. IX S. 76 ff. (In Blums Annalen Bd. VIII S. 74 ist als Datum der 17. April angegeben.)

kurs auch nicht vorhanden[20]). Wenn dem Bürgen die Mitanmeldung seines Ersatzanspruches neben der vollen Forderung des Gläubigers schlechthin verstattet werden wollte, würde die Konkursmasse in vielen Fällen genöthigt sein, auf Schulden, die der Hauptschuldner immer nur einmal (entweder an den Gläubiger oder an den Bürgen) zu erfüllen gehabt hätte, zweifache Dividende zu gewähren. Eine derartige Vervielfältigung der Forderungsrechte ist unvereinbar mit der konkursrechtlichen Regel, daß die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger dient. Was der Schuldner nur einmal zu leisten hat, kann bei der Massevertheilung nur einmal in Ansatz kommen, und daß der Bürge zurückstehen muß, wenn der Gläubiger mit der vollen Forderung berücksichtigt wird, folgt eben aus §. 61 der KO[21])". Es besteht somit hier eine erhebliche Kontroverse.

Zweierlei scheint mir festzustehen: einmal daß die Aufstellung des Reichsgerichtes: „der Rechtssatz der Motive habe dadurch, daß bei der Berathung des Gesetzes Einwendungen dagegen nicht erhoben worden seien, noch nicht Gesetzeskraft erlangt," nicht durchschlägt. Denn dieser Rechtssatz hat dadurch Gesetzeskraft erlangt, daß die Konkursordnung eine dem §. 86 der P. K.-O. adäquate Vorschrift nicht enthält und daß diese Weglassung nach der unzweifelhaften Absicht und mit dem in den Motiven ausdrücklich erklärten Zwecke geschehen ist, daß damit das diesem §. 86 entgegengesetzte Prinzip sanktionirt sein solle. Hierüber kann man meines Erachtens nicht hinwegkommen. Anderseits ist nicht zu verkennen, daß die Argumentation der Motive nur nach der früheren Fassung des §. 61 vollkommen gerechtfertigt ist. Denn nachdem jetzt der Gläubiger, auch wenn der Mitverpflichtete nicht in Konkurs sich befindet, für seine ganze Forderung gegen den Hauptschuldner dividendenberechtigt ist, wäre die Masse entschieden zu sehr belastet, wenn der Mitverpflichtete gleichfalls für seine ganze Forderung berücksichtigt würde[22]).

---

20) Das Erkenntniß führt sodann weiter aus, daß auch der zur Bürgschaftsübernahme Beauftragte — nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen — nicht besser gestellt sei, weil seine Aufwendung der Masse gegenüber nicht als Auftragsvollziehung erscheine.

21) Wenn das Erkenntniß am Schlusse seiner Gründe zu behaupten versucht, in dem früheren Falle habe es sich um „einen wesentlich verschiedenen Sachbestand" gehandelt, so dürfte dieser Versuch den Widerspruch beider Erkenntnisse zu läugnen, lediglich auf dem „horror pleni", d. h. auf der Abneigung von der Mühseligkeit von Plenarversammlungen beruhen. Denn beide Aussprüche lassen sich nicht vereinigen.

22) Z. B. A hat dem B einen Contocorrent eröffnet, für welchen C bis zur

Ich bin deshalb folgender Ansicht:

1) man muß dabei stehen bleiben, daß dem Mitverpflichteten[23]) (sei er Solidar-, Korreat- oder Bürgschaftsschuldner) für seine nach dem Gesetze und dem obwaltenden Rechtsverhältniß etwa zustehende Regreßforderung die Anmeldung im Konkurse des Hauptschuldners nicht versagt ist, daß er vielmehr gleich jedem anderen suspensiv Berechtigten behandelt werden soll.

2) Da aber seine Forderung nichts Anderes ist, als die Forderung des Gläubigers selbst und der Gemeinschuldner nicht zweimal (an den Gläubiger einmal und an den Bürgen[24]) noch einmal) verpflichtet ist, sondern nur einmal (entweder an den Gläubiger oder an den Bürgen, weil dieser den Gläubiger bezahlt hat) zu zahlen hat, so kann auch Gläubiger und Bürge nur zusammen aus der Masse Berücksichtigung finden. Nur dann also, falls der Bürge den Gläubiger (wenn auch erst nach der Konkurseröffnung) vollständig hinausbezahlt hat, tritt er einfach an dessen Stelle. Geschieht dies nicht, so tritt er zwar, insoweit er hinwegfällt aber nur insoweit, an seine Stelle und seine suspendirte Forderung wird nur purifizirt, soweit die Masse entlastet ist. Dies kann also in Folge der singulären Bestimmung des §. 61 der KO. lediglich in dem Maße der Fall sein, als die auf die Masse fallende Dividende den Restbetrag der Foderung der Gläubiger übersteigt[25]). Denn nur in diesem Maße kann der Regreßforderungsinhaber den in Art. 142 der KO. vorgeschriebenen Nachweis liefern[26]).

Höhe von 6000 Mark gutgestanden ist. B geräth in Konkurs und A meldet seinen Saldo von 12,000 Mark an, ebenso C seine eventuelle Regreßforderung von 6000 Mark. Es ergeben sich 50 %. Hier bekäme also A aus der Masse 6000 Mark und von C als Bürgen 6000 Mark. C erhielte 3000 Mark Dividende. Während also jede andere Forderung von 12,000 Mark in diesem Konkurse nur 6000 Mark erhielte, bekommt die obige 9000 Mark, was die par conditio omnium creditorum offenbar verletzt.

23) Der Rechtsgrund, weshalb er mitverpflichtet ist, kommt hiebei nicht weiter in Betracht.

24) Ich gebrauche der Kürze halber hier als Beispiel immer den Bürgen.

25) Anerkannt in dem Erkenntniß des RG. vom 10. November 1882 (Entsch. Bd. VIII S. 292).

26) So verwickelt die Sache theoretisch aussieht, so einfach ist sie in der Praxis. Gesetzt, A hat einen Wechsel gegen den Gemeinschuldner auf 1000 Mark in Händen, auf welchen C per Aval gezeichnet hat. C ist berechtigt, seine eventuelle Regreßforderung anzumelden. Tritt (was die Regel sein wird) A im Konkurse gar nicht auf, sondern hält sich unmittelbar an C, oder tritt er auf, C hat aber vor der Schlußvertheilung den A hiweggezahlt,

V. Es ist soeben die eventuelle Regreßforderung eines Mitschuldners oder Bürgen im Verhältniß zum Gemeinschuldner erörtert worden; des Verhältnisses des Gläubigers zum Mitschuldner oder Bürgen eines Gemeinschuldners ist bei §. 20 [27]) Erwähnung geschehen. Sonach erübrigt nur den Fall zu besprechen, daß der Gemeinschuldner der Bürge oder Mitschuldner ist. Soferne diese Mitschuld einen solidarischen Charakter hat (und dies hat sie z. B. auch bei solchen Bürgschaften, bei denen der Gläubiger weder an das beneficium excussionis noch divisionis gebunden erscheint), regelt der §. 61 ihre Geltendmachung im Konkurse. Es bleibt also nur der Fall, daß der Gläubiger an den Gemeinschuldner erst in zweiter Reihe sich halten kann, daß die im Konkurse zu liquidirende Bürgschaftsschuld eine eventuelle eine nur bei Nichtbefriedigung durch den Hauptschuldner wirksam werdende ist. Man wird nicht bezweifeln, daß diese Forderung lediglich als suspensiv bedingte zu behandeln ist, daß also der Bürgschaftsgläubiger sich zwar im Konkurse betheiligen kann, daß er aber, um befriedigt zu werden, vor der Schlußvertheilung seinen Hauptschuldner bereits ausgeklagt und durch fruchtlose Zwangsvollstreckung den Nachweis erbracht haben muß, wieweit er den Bürgen in Anspruch nehmen darf. Außerdem wird er, wenn ihm nach Civilrecht die Befugniß zusteht, von seinem Bürgen Sicherstellung zu verlangen, solche auch im Konkurse liquidiren können, im Uebrigen aber sich auf das später erworbene Vermögen des Gemeinschuldners vertrösten müssen.

---

so partizipirt er für die vollen 1000 Mark an der Masse. Hat er bis zur Schlußvertheilung nicht den A befriedigt, so partizipirt nur der A. Hat nun aber C. entweder von vorneherein nur auf 500 Mark sich verbürgt oder hat er nur 500 Mark an seiner Bürgschaft gut gemacht, nachdem der Konkurs bereits eröffnet war, so bleibt der ihm zustehende Anspruch nur ein eventueller, hinter dem des Gläubigers zurückstehender. Werden demnach z. B. 80% Dividende vertheilt, so zieht A die ihm noch zukommenden 500 Mark und C. partizipirt mit 300 Mark; werden aber nur 40% vertheilt, so wird nicht einmal A vollständig gedeckt und C. muß daher natürlich ganz durchfallen. Man sieht, die Berechnung ist ganz einfach. Hauptforderung und Regreßforderung kommen als eine Gesammtforderung mit dem einmaligen Betrage zum Zuge; auf die Dividende hat zuerst die Hauptforderung Anspruch, was sodann übrig bleibt, fällt an die Regreßforderung.

27) Vgl. oben S. 287, Nr. 5.

§. 61.

Solidarverpflichtungen.

Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche neben einander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte.

I. E. §. 70; II. E. §. 61; Pr. H. G. Art. 742; Pr. KO. §. 87; B. Pr.-O. —

„In der Natur einer Solidar- oder Correalschuld" — sagen die Motive[1]) — „liegt es, daß der Gläubiger jeden einzelnen Schuldner zum vollen Betrage der Forderung zu verfolgen befugt ist. Darin kann die Eröffnung des Konkurses über einen oder über mehrere oder über alle Schuldner Nichts ändern. Mag nun ein oder mögen alle Schuldner in Konkurs gefallen sein, durch die Geltendmachung der Forderung gegen den einen Schuldner oder dessen Konkursmasse verliert der Gläubiger nicht seinen Anspruch gegen die anderen Schuldner oder deren Massen. Der Gläubiger kann das, was er oder was er noch zu fordern hat, zum vollen Betrage in den verschiedenen Konkursmassen anmelden. Anderseits kann der Gläubiger die geschuldete Leistung nur einmal erhalten; die Theilzahlung des einen Schuldners verringert die Forderung, der Gläubiger darf auch von einem anderen Schuldner nur noch den Rest erheben, wenngleich derselbe schon auf das Ganze verfolgt oder verurtheilt war". Auf den Konkurs angewendet würde also jede Theilzahlung, welche der Gläubiger von dem einen Verpflichteten oder aus dessen Konkursmasse erhält, die Forderung dergestalt vermindern, daß die Dividende aus einem anderen Konkurse keinesfalls mehr höher sein darf, als der noch zu fordernde Rest.

Setzen wir folgenden Fall: Oekonom Gröblich, Bräumeister Bierig und Privatier Vorwitz gerathen mit dem Hopfenhändler Aaron in Streit; es entwickelt sich eine Schlägerei und nachdem Aaron in Folge der erlittenen Verletzungen längere Zeit krank gelegen, werden die drei Erstgenannten solidarisch zur Zahlung der Kurkosten mit 300 Mark verurtheilt. Ehe gezahlt ist, kommt Gröblich in Konkurs und Aaron erhält in Folge seiner Anmeldung der Solidarforderung von 300 aus der Gröblich'schen Masse, bei der Vertheilung von 50%, 150 Mark. Er kann nun von Bierig und Vorwitz zusammen seinen Forderungsrest, also nur mehr 150 Mark fordern.

---

1) Zum I. E. Bd. I S. 371 ff. und zum II. E. S. 285 ff.

Wäre nun auch Bierig im Konkurse und es entfallen in diesem auf die einzelnen Bierig'schen Gläubiger 80%, so kann Aaron natürlich die 80% seiner ursprünglichen Forderung, das heißt 240 Mark nicht beanspruchen, denn sonst würde er ja im Ganzen 390 Mark, also viel mehr als ihm gebührt, erhalten. Darin stimmen Doktrin und Praxis überein: „der Konkurs erweitert die Forderung nicht; daß in einer späteren Vertheilung für den Gläubiger immer nur mehr der Rest seiner ursprünglichen Forderung verabfolgt werden darf, steht fest". Dagegen ist es sehr kontrovers, I. ob in dem Konkurse die Forderung, auf welche von Seite eines Mitverpflichteten oder seiner Masse bereits eine Theilzahlung geleistet ist, bei Berechnung der Dividende in ihrer ursprünglichen Höhe oder in dem geminderten noch bestehenden Betrage zu Grunde zu legen ist, und II. wie es hinsichtlich der nachherigen Ausgleichung zu halten ist, ob eine Masse an die andere einen Rückgriff wegen geleisteter Zahlung hat.

ad I. Die Frage stellt sich für das vorige Beispiel praktisch so: sollen die 80%, welche aus der Masse Bierig zu zahlen sind, für Aaron aus den ursprünglichen 300 Mark oder nur mehr aus dem noch bestehenden Reste von 150 Mark berechnet werden? Während er im ersten Falle sein volles Guthaben erhält, bekommt er im letzteren zusammen nur 270 Mark, verliert also (wenn er nicht von Privatier Vorwitz noch Etwas herausschlägt) an seinem Gesammtguthaben 30 Mark. Ich sagte soeben: „wenn er nicht von Privatier Vorwitz noch Etwas herausschlägt"; denn wenn dies der Fall, wenn einer der Solidarschuldner noch solvent ist, so erscheint die Frage, welcher Betrag der Berechnung der Dividende zu Grunde zu legen ist, für den Gläubiger mehr oder weniger irrelevant. Dies war denn der Grund, weshalb sowohl der §. 87 der Pr. KO.[2]) als auch der §. 70 des I. E. nur den Fall aufgenommen hatte, daß sämmtliche Solidar- oder Korrealschuldner in Konkurs verfallen sind[3]). Allein auf Antrag des Abg. Dr. Goldschmidt wurde die Bestimmung, daß die Dividende im Konkurse eines Gesammtschuldners von der ganzen im Konkurse angemeldeten Forderung zu berechnen sei, auf alle Fälle ausgedehnt[4]). Hienach ist nun §. 61 folgendermaßen auszulegen:

2) Ein Erk. des Berl. Obertribunals vom 30. Oktober 1860 (Striethorst, Bd. 39 S. 218 ff.) bezeichnet es als Grundsatz des §. 87: „daß es den übrigen Konkursgläubigern nicht zu Gute kommen solle, wenn Ein Gläubiger mehrere correi debendi habe".

3) Vgl. die Erklärung des Reg.-Rathes Hagens in der 9. Sitzung, K. Prt. S. 56.

4) In der 18. Sitzung (K. Prt. S. 131), nachdem der Antrag in der ersten Lesung (K. Prt. S. 57) abgelehnt worden war.

A. Erste Voraussetzung ist, daß mehrere Schuldner gleichzeitig für die Forderung auf das Ganze [5]) haften, und daß der Gläubiger schon zur Zeit der Konkurseröffnung über den einen der Schuldner die ganze Forderung gegen alle Schuldner geltend machen kann. Dann aber macht es keinen Unterschied, „ob die Verhaftung der Einzelnen auf ein und denselben oder auf selbständigen, auf gleichen oder verschiedenen Rechtsgründen beruht, ob der Eine durch eigene Handlung oder durch Uebernahme der Schuld des Anderen oder durch Verbürgung für dieselbe haftbar geworden ist, ob ursprünglich die Schuld des Einen die prinzipale, die des Anderen die subsidiäre war, wenn nur jetzt der Gläubiger berechtigt ist, die ganze Forderung gleichzeitig gegen jeden Schuldner geltend zu machen" [6]). (Motive.) Anders, wenn die Haftung auch jetzt noch nur eine subsidiäre ist, wenn erst der Eintritt eines andern Ereignisses die Geltendmachung in Wirksamkeit setzt, wenn die Verhaftung des Gemeinschuldners nur dann und nur insoweit besteht, als ein Anderer nicht Zahlung leistet. Derartige Fälle sind nach §. 60 zu beurtheilen. (Vgl. oben S. 671 ff.)

B. Die zweite Voraussetzung bildet, daß wenigstens ein Verpflichteter in Konkurs gerathen ist. Praktisch wird freilich der Berechtigte, wenn er einen oder mehrere solvente Mitverpflichtete hat, sich lieber an diese halten und den §. 61 nicht anrufen; allein [7]) es ist denkbar, daß die solventen Gesammtschuldner gerade dadurch, daß man das Ganze von ihnen fordert, ebenfalls insolvent werden und daß der Gläubiger schon aus Vorsorge ohn-

5) Die Frage der Haftung auf das Ganze muß nur in Bezug auf den Mitverpflichteten, nicht auf den Berechtigten gestellt werden. Z. B. A hat von B 10,000 zu fordern, wobei C auf 5000 Bürgschaft übernommen. Hier haftet C nicht für die ganze Forderung des A, aber dennoch gehört der Fall hieher, denn für den Betrag der Forderung des A von 5000 haftet C, soweit es ihn angeht, allerdings „auf das Ganze". Ein Erkenntniß des RG. v. 10. November 1882 (Entsch. Bd. VIII S. 291) sagt: „Der Bürge (für eine Quote der Schuld) haftet zwar nicht für die ganze Forderung, aber er haftet auf das Ganze, er haftet für dieselbe Leistung wie der Schuldner. Durch die Beschränkung der Bürgschaft auf einen bestimmten Betrag entstehen nicht etwa für den Kreditgeber zwei Forderungen, eine verbürgte und eine unverbürgte, vielmehr bleibt die Forderung sowohl dem Bürgen, als dem Hauptschuldner gegenüber eine einheitliche, welche jedoch dem Bürgen gegenüber nur theilweise geltend gemacht werden kann."

6) Dies ist besonders hinsichtlich der Wechselverpflichtung der Fall, da nach Art 81 der A. D. WO. der Wechselinhaber sich wegen seiner ganzen Forderung an den Aussteller, Acceptanten, Indossanten und jeden Unterzeichner nach seiner Wahl halten kann.

7) Bemerkung des Abg. Dr. Goldschmidt bei der Berathung.

geachtet der momentanen Solvenz des oder der übrigen Schuldner nicht versäumen will, sich im Konkurse des oder der Mitschuldner zu betheiligen.

C. Dritte Voraussetzung ist, daß der Gläubiger erst nach der Eröffnung des Konkurses eine Theilzahlung erhält [8]). Ist ihm schon vor dem Ausbruche des Konkurses von einem oder von mehreren der Mitschuldner Etwas gezahlt, oder hat sich in anderer Weise (durch Vergleich, Verzicht, Zahlung Anderer u. s. w.) seine Forderung gemindert, so wird natürlich nur dieser nunmehr bestehende Betrag im Konkurse berücksichtigt.

Gesetzt, im früheren Beispiele hätte Privatier Vorwitz alsbald am 1. Juni, um sich der Sache zu entledigen, dem Aaron 100 Mark gezahlt; bricht nun am 3. Juni über einen oder zwei oder alle der Konkurs aus, so kann Aaron immer nur 200 Mark in demselben liquidiren und macht es hiebei keinen Unterschied, ob er damit nicht zu seinem vollen Gelde kommt [9]). Ebenso wenn etwa Aaron sich mit den drei Schuldnern am 1. Juni dahin verglichen hätte, er wolle 50 Mark nachlassen, wenn die Ehefrauen den über 250 Mark ausgestellten Wechsel mitunterschreiben; oder wenn der Onkel des Vorwitz am 1. Juni dem Aaron unter der Bedingung, daß er den Vorwitz aus der Haftung entlasse, 100 Mark bezahlt.

Hinwiederum macht das Gesetz keinen Unterschied, ob nach der Eröffnung des Verfahrens die Schuld sich mindert, weil aus der oder den Konkursmassen Abzahlungen erfolgten oder aus anderem Grunde [10]). Gesetzt also, über Gröblich und Bierig ist der Konkurs am 3. und 4. Juni ausgebrochen und Aaron liquidirt in beiden die 300 Mark; nun wird die Gröblich'sche Masse ausgeschüttet, es entfallen 20 % und Aaron empfängt also 60 Mark. Bei Berechnung der ihn treffenden Dividende aus der Masse Bierig wird in diesem Falle der ursprüngliche Forderungsbetrag von 300 Mark zu Grunde gelegt, obwohl im Momente der Berechnung dieser Betrag nicht

---

8) Nicht nach der Anmeldung (und dies ist eigentlich nicht richtig). Wenn also am 1. Juni der Konkurs über Bierig ausbricht, am 5. Juni zahlt Vorwitz 100 Mark, so kann demohngeachtet Aaron verlangen, daß seine nur mehr 200 Mark betragende und als solche angemeldete Forderung bei den Dividendenberechnungen auf 300 Mark angeschlagen werde.

9) Nämlich setzen wir den Fall: im Konkurse über Gröblich entfallen für die Gläubiger 20 %, im Konkurse Bierig 30 %, im Konkurse Vorwitz 25 %; so erhält Aaron: 40 Mark + 60 Mark + 50 Mark, zusammen 150 Mark, verliert also 50 Mark. Würde aber seine ursprüngliche Forderung von 300 Mark bei der Dividendenberechnung zu Grunde gelegt, so erhielte er 60 Mark + 90 Mark + 75 Mark, also jedenfalls seine vollen 200 Mark.

10) Reg.-Rath Hagens bei der Berathung vgl. K. Prt. S. 57.

F. Es ist nun noch die Kombination zu erwähnen, daß von den Solidarschuldnern nur einer oder einzelne ein Pfand bestellt haben[12]). In diesem Falle muß sich die Anwendung des §. 61 modifiziren und §. 57 in Betracht genommen werden. Wenn nämlich in den obigen Beispielen Aaron den Gröblich dazu gebracht hätte, ihm für seinen Antheil an den Kurkosten ein Pfand zu geben, so kann er in dem über Bierig ausgebrochenen Konkurse nicht sofort nach §. 61 den vollen Betrag seiner Forderung liquidiren; er muß entweder das Pfand veräußern lassen und seinen Ausfall nachweisen oder er muß auch dem Gröblich gegenüber auf sein Absonderungsrecht verzichten[13]).

ad II. Es ist schon oben bemerkt worden, daß der Gläubiger durch die Dividenden der verschiedenen Massen jedenfalls nicht Mehr erhalten darf, als den Gesammtbetrag der Forderung, wie er zur Zeit der Konkurseröffnung bestand. Das Gesetz erwähnt dies zwar nicht, allein die Motive bemerken, daß die civilrechtlichen Folgen bestehen bleiben, sofern der Gläubiger wider besseres Gewissen Mehr erhebt als ihm gebührt; und daß außerdem die Konkursverwalter ihre Rechte wahrzunehmen haben. Es wird deshalb anzurathen sein, bei der Feststellung und jedenfalls bei der Berechnung der zu erhebenden Dividende den betreffenden Vorbehalt zu machen. Die Realisirung ergibt sich sodann leicht (wie die Motive bemerken) aus der vorgeschriebenen Abschreibung der Abschlagszahlungen auf den Wechseln und Schuldurkunden.

„Verbleibt in den Händen des befriedigten Gläubigers oder in einer Masse ein Ueberschuß, so tritt unter den Massen der Rückgriff ein nach dem unter den Solidarschuldnern bestehenden Rechtsverhältniß. Derselbe Rückgriff findet statt einer Masse gegenüber, zu welcher der Gläubiger sich nicht gemeldet hatte." Sonach soll nach der Intention und nach dem Wortlaute unseres Gesetzes der Eintritt des Konkurses in den bestehenden Rechtsverhältnissen keine Veränderung hervorrufen[14]). Der Konkursverwalter kann die Forderung, welche dem Gemeinschuldner dahin zusteht, daß die übrigen Mitverpflichteten ihn für die Tilgung der Solidarschuld schadlos halten, geltend machen und wenn der eine oder der andere Mitverpflichtete inzwischen gleichfalls in Konkurs gerathen ist, so schließt dies den Rückgriff nicht aus.

---

12) Selbstverständlich gilt das Gleiche, wenn gegen Einen ein Absonderungsrecht nach §. 41 begründet ist, gegen den Andern nicht.

13) Vgl. auch oben S. 657.

14) Die meisten Gesetzgebungen gehen davon aus, daß durch die Konkursmäßigkeit die Regressirung, auch wenn sie im Uebrigen begründet wäre, hinwegfallen müsse. Zu einer solchen Vorschrift fehlt indessen ein innerer Grund.

Allein man darf aus dem in den Motiven gebrauchten Ausdruck: „einer Masse gegenüber" nicht folgern, daß dieser Regreß ein „Masseanspruch" sei; vielmehr bleibt derselbe eine Konkursforderung und muß als solche behandelt werden[15]). Demnach ist dieselbe, wenn bereits gezahlt ist, eine unbedingte, wenn dies noch nicht geschehen, eine bedingte.

---

§. 62.

Forderungen mit unbestimmtem Geldbetrag.

Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind[a]), oder deren Geldbetrag unbestimmt[b]) oder ungewiß[c]) oder nicht in Reichswährung[d]) festgesetzt ist, sind nach ihrem Schätzungswerthe[e]) in Reichswährung geltend zu machen[f]).

I. E. §. 71; II. E. §. 62; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B. Pr.=O. —.

a. (welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind).

Es ist bereits oben bei Erläuterung des §. 2 der KO.[1]) als oberster Grundsatz hervorgehoben worden, daß jede Konkursforderung auf Geld gerichtet sein muß, und es ist dabei näher entwickelt, welche Art von Forderungen hienach von der Befriedigung aus der Masse von vornherein ausgeschlossen sind. Soferne daher ein Anspruch überhaupt nicht vermögensrechtlich ist, soferne er eine Schätzung in Geld nicht zuläßt[2]), findet §. 62

---

15) Petersen S. 288 (welchem v. Sarwey beistimmt) erklärt allerdings den Regreßanspruch immer als „Masseanspruch". v. Wilmowski S. 297 will weder dieser noch meiner Ansicht beitreten und das „bestehende Rechtsverhältniß" hierüber entscheiden lassen. Allein der Fall, welchen er für die Möglichkeit der „Masseschuld" anführt: daß ein Vertrag vorliege, dessen Erfüllung nach §. 15 der Verwalter verlangt und wozu die Voll= und Theilzahlung einer aus einer anderen Masse bezahlten Forderung gehöre, subsumirt sich ebensowenig unter §. 61 als der andere von ihm für das Nichtbestehen eines Rückgriffsrechtes konstruirte, wo die Gemeinschuldner zweier verschiedener Konkursmassen jeder besonders die Bürgschaft für eine Verbindlichkeit übernommen haben. Mit mir stimmen überein: Fitting §. 11 Note 22 und Stieglitz S. 405.

1) Siehe Seite 99 ff.

2) Die Forderung auf Trennung der Ehe z. B. läßt sich selbstverständlich nicht „schätzen", obwohl mancher Mann viel Geld geben würde, von seiner Frau loszukommen.

keine Anwendung; sonach ist das Wort „Forderungen" zu lesen als „Konkursforderungen."

b. (deren Geldbetrag unbestimmt).

Unter den Forderungen, welche zwar ihrer Natur nach „Konkursforderungen" sind, deren Betrag aber unbestimmt ist, gehören vor Allem die Schadensersatzansprüche und die Forderungen auf das Interesse. Es ist hier nämlich der Fall supponirt, daß zur Zeit der Konkurseröffnung[3]) die Handlung des Gemeinschuldners, aus welcher die Forderung entspringt, zwar schon geschehen[4]), der Schaden aber entweder noch nicht erfolgt oder nicht festgestellt oder wenigstens prozessualisch nicht ausgetragen ist[5]). Z. B. der am 30. Juni in Konkurs gerathene Fabrikant A hatte eine am 15. Juni an Kaufmann B zu effektuirende Lieferung nicht vollzogen, oder dem Oekonomen B, über welchen am 30. Juni der Konkurs eröffnet wird, ist am 10. Juni ein Knecht in einer Weise verunglückt, daß er nach dem Haftpflichtgesetz dafür aufkommen muß u. s. w. Wenn hier vor dem 30. Juni auch noch nicht feststeht, wie lange der Knecht krank bleiben wird, und wenn der Kaufmann B den Mehrpreis der von ihm an Stelle der durch Fabrikant A nicht rechtzeitig gelieferten anderwärts bezogenen Waaren am Anmeldetermin auch noch nicht angeben kann[6]), ist doch die Forderung vom Konkurse nicht ausgeschlossen, sondern sie wird geschätzt. Der §. 62 findet aber auch Anwendung, wenn z. B. der Kaufmann B seinen Schaden auf 1000 Mark liquidirt, A diese Höhe aber nicht anerkannt, sondern bestritten hatte und darüber ein Rechtsstreit schwebt[7]). Die Festsetzung erfolgt in allen diesen Fällen nach freiem richterlichen Ermessen unter Beobachtung der Vorschriften der Civ.-Pr.-O. in §. 260.

---

3) Vielmehr zur Zeit, wo in Folge der Konkurseröffnung die Forderung anzumelden wäre.

4) Ist die Handlung selbst erst nachträglich erfolgt, so ist die Forderung wegen der Worte in §. 2 „zur Zeit der Konkurseröffnung begründet" keine Konkursforderung. Wegen des drohenden Schadens vgl. oben S. 105 ff.

5) Denn war der Prozeß durchgeführt, oder ein Vergleich in Mitte liegend, welcher die Forderung bereits der Summe nach feststellt, so kann nicht etwa auf Grund des §. 62, weil nun nachträglich der Konkurs eröffnet wird, die frühere Festsetzung umgestoßen und neu geschätzt werden.

6) Ueber diesen Fall des Schadens durch Nichteinhaltung der bedungenen Zeit der Leistung vgl. Erk. des ROHG. vom 29. Oktober 1872 im VII. Band S. 345.

7) Hier wird wohl die beanspruchte Summe angenommen und die Frage, ob diese Schätzung richtig ist, im Feststellungsverfahren ausgetragen werden.

c. (ungewiß).

Unter den Forderungen, deren Geldbetrag ungewiß ist, versteht das Gesetz (nach Inhalt der Motive[8]) vor Allem die Forderungen mit unbestimmtem Termin, sei es, daß der Anfangstermin, von welchem, sei es daß der Endtermin, bis zu welchem die Leistung geschuldet wird, durch ein der Zeit nach ungewisses Ereigniß[9]) bestimmt wird. Vorausgesetzt wird natürlich, daß die Forderung selbst gewiß ist; soferne diese selbst noch in Zweifel steht, soferne sie durch ein nicht blos der Zeit nach, sondern überhaupt ungewisses Ereigniß bestimmt sind, findet auf sie der §. 60 Anwendung[10]). Die wichtigsten Fälle der Forderungen mit „ungewissem" Geldbetrage sind Leibrenten, Alimentenforderungen, Pensionen u. s. w.

d. (nicht in Reichswährung).

Das heißt, in der durch das Münzgesetz[11]) v. 9. Juli 1873[12]) Art. 1 eingeführten „Reichsgoldwährung", in welcher die Rechnungseinheit die durch §. 2 des Ges. vom 4. Dezember 1871[13]) festgestellte Mark bildet. Die Forderungen müssen daher bei ihrer Anmeldung im Konkurse auf Mark und Pfennige lauten. Es ist also unzulässig, in Franken oder Oesterreichischen Gulden zu liquidiren und es erstreckt sich dieses Verbot auch auf den Nominalwerth von Werthpapieren und Aktien[14]).

e. (nach ihrem Schätzungswerthe).

Als Zeitpunkt für den Schätzungswerth ist die Zeit der Konkurseröffnung festzuhalten[15]). Welche Momente für die Ermittlung dieses Werthes

---

8) Zum II. E. S. 290.

9) Dies certus an, incertus quando.

10) Es kann immerhin aber eine Kombination beider Paragraphen eintreten; z. B. A ist verpflichtet, falls er sich nochmals verheirathet, der B eine lebenslängliche Rente von jährlich 1200 Mark zu bezahlen.

11) Vgl. den Kommentar von Dr. A. Soetbeer, Erlangen bei Palm und Enke, 1874.

12) RGBl. v. 1873 S. 233.

13) RGBl. v. 1871 S. 404.

14) Gesetzt also H. A hat dem Bankier B zehn Stück 5% Elisabethprioritäten zum Umtausch in die neuen 4% Prioritäten übergeben, B hat diese aber bei der Vereinsbank für sich lombardirt; kommt nun B in Konkurs, so muß A, wenn er seine Forderung liquidirt, diese in Reichsmark umrechnen und kann nicht den Nominalbetrag oder den Kurswerth seiner Elisabethprioritäten in österreichischen Gulden anmelden.

15) Bei der Berathung ausdrücklich konstatirt K. Prt. S. 58.

maßgebend sind, läßt sich im Einzelnen nicht bestimmen; jedenfalls darf die bedungene Zeit der Leistung hiebei nicht außer Betracht bleiben[16]).

f. (geltend zu machen).

Der §. 62 bestimmt vor Allem, daß derartige unbestimmte und ungewisse Forderungen nicht in ihrer Unbestimmtheit und Ungewißheit angemeldet werden dürfen, sondern daß bereits in der Anmeldung der vom Gläubiger beanspruchte Schätzungswerth anzugeben ist[17]). Fehlt eine solche Angabe, so hat der Gerichtsschreiber den Betheiligten zur Ergänzung aufzufordern und eventuell die Anmeldung als mangelhaft zurückzuweisen[18]). Ist dies unterlassen worden oder konnte solches (z. B. bei schriftlichen Eingaben) nicht geschehen, so wird die Forderung in die Tabelle nicht aufgenommen. Allein dem Gläubiger steht frei, im Prüfungstermine das Versäumte nachzuholen, nur muß er sich nach §. 130 der KO. bei Widerspruch der übrigen Betheiligten die Anberaumung eines neuen Termines gefallen lassen.

Die „Geltendmachung" bewirkt, daß der geltend gemachte Schätzungswerth bei der Theilnahme an den Gläubigerversammlungen (vorbehaltlich des §. 87 Abs. 2 der KO.) gleichfalls zu Grunde gelegt wird, und daß, sofern entweder kein Widerspruch gegen die Höhe der geltend gemachten Schätzung erfolgt oder dieser Widerspruch im Wege der Feststellungsklage beseitigt ist[19]), die Vertheilungsquote, die Berechtigung zur Abstimmung beim Zwangsvergleiche u. s. w. gleichfalls hienach bemessen wird. Die Rechte des Gemeinschuldners, nach beendigtem Verfahren die Schätzungshöhe anzufechten, bemessen sich auch in dieser Richtung nach §. 152 der KO.; Sache des Gemeinschuldners ist es daher, im Prüfungstermine ausdrücklich diese Höhe, wenn er sie beanstandet, zu bestreiten[20]).

---

16) Vgl. das in den Motiven citirte Erk. des ROHG. vom 29. Oktober 1872 (Entsch. Bd. VII S. 345 ff.).

17) Es genügt die Angabe; Bescheinigung der Werthschätzung, Motivirung derselben und dergleichen ist nicht vorgeschrieben.

18) Vgl. die Erläuter. zu §. 127 lit. d.

19) Es bedarf kaum der Erwähnung, daß, auch wenn für die Forderung selbst ein Endurtheil oder Vollstreckungstitel vorliegt, dennoch die Feststellung der bestrittenen Schätzungshöhe nicht nach §. 174 Abs. 6 zu geschehen hat, sondern dem Gläubiger zu betreiben obliegt.

20) Außerdem kann er nach beendigtem Verfahren eine Rückforderung gegen den Gläubiger nicht erheben.

§. 63.

Fortlaufende Bezüge.

Wiederkehrende Hebungen zu einem bestimmten Betrage und von einer bestimmten Zeitdauer [a]) werden unter Abrechnung der Zwischenzinsen (§. 58) durch Zusammenzählung der einzelnen Hebungen kapitalisirt [b]). Der Gesammtbetrag darf den zum gesetzlichen Zinssatze kapitalisirten Betrag derselben nicht übersteigen [c]).

I. E. §. 72; II. E. §. 63; Pr. H. E. Art. 740; Pr. KO. §. 62, 251; B. Pr.-O. —

a. (Wiederkehrende Hebungen zu einem bestimmten Betrage und von einer bestimmten Zeitdauer).

I. Die Preußische KO. bestimmt, daß jede auf eine wiederkehrende Leistung gerichtete Forderung [1]) im Konkurse durch Ansetzung eines entsprechenden Kapitals zu liquidiren sei. Von demselben Grundsatze geht der §. 63 aus, obwohl er denselben nicht formulirt ausspricht. Auch für die Berechnung gibt er keine Regel, sondern er beschränkt seine Vorschrift auf einen Fall, nämlich auf den Fall limitirter Hebungen mit bestimmtem Betrage. Also z. B. Amayer hat an den Gemeinschuldner Bemayer eine Wiese auf Zielfristen verkauft und drei Jahre lang je am 24. September 1000 Mark zu beziehen, oder dem Adam Joli ist vermöge Testamentes des Benno Reichlich von dessen Erben Cuno Luftig, welcher in Konkurs gerathen ist, bis zum 14. Lebensjahre eine Alimentation von jährlich 365 Mark auszuzahlen, und Aehnliches. Ist der Betrag der Hebung unbestimmt, so findet vorerst eine Anwendung des §. 62 statt und sodann erst jene des §. 63. Also z. B. der Erblasser Carl hat dem David testamentarisch auferlegt, die Barbara bis zu ihrem 14. Lebensjahr zu alimentiren und erziehen zu lassen. Hier wird vorerst die zu erfüllende jährliche Leistung (der Werth der Kost, Kleidung, ärztlichen Hilfe und die für Erziehung auszugebende Quote) nach §. 62 in Geld abgeschätzt und dann nach §. 63 kapitalisirt.

Wenn nun aber die Zeitdauer der wiederkehrenden Hebungen nicht bestimmt ist? Z. B. Adolph ist dem Bodo für seine Lebensdauer jährlich

---

1) Vorausgesetzt wird, daß dem §. 2 der KO. entsprechend der Anspruch auf die Leistung bereits vorhanden ist und nicht etwa erst im Laufe der Zeit jedesmal neu entsteht, vgl. oben S. 106 ff.

300 Mark zu zahlen verpflichtet. Oder Cuno muß der Gusti bis zu deren Verheirathung eine monatliche Sustentation von 20 Mark bezahlen. Für diesen Fall hatte die Pr. KO. eine Kapitalisirung mit 4% und die Sicherstellung des so berechneten Kapitals vorgeschrieben. Die Reichs-Civilprozeßordnung §. 9 nimmt für Bemessung des Werthes eines Streitobjektes, das aus solchen unbestimmten Raten besteht, den $12^1/_2$fachen Betrag des einjährigen Bezuges, wenn der künftige Wegfall gewiß, die Zeit des Wegfalles aber ungewiß ist[2]), außerdem aber den 25fachen Betrag der Jahresquote[3]) als Werth an. Die KO. befolgt ein anderes System[4]); vor allem will sie nicht blos Sicherstellung, sondern es soll der Konkurs bei der Schlußvertheilung auch hier reinen Tisch machen; der Berechtigte soll immer ein Kapital, nicht eine Anweisung auf für Jahre hinaus zu erhebende Raten erhalten. Dieses Kapital aber soll nicht nach einem allgemeinen mathematischen Maßstabe, sondern nach den Thatumständen berechnet werden; „die Lebensrente eines Sechzigers hat offenbar einen anderen Werth als die eines Zwanzigjährigen" (Motive). Es findet daher lediglich eine Abschätzung nach §. 62 statt, nicht aber eine (faktisch auch nicht wohl mögliche) Diskontirung nach §. 63.

II. Es versteht sich von selbst, daß die in §. 63 gegebene Bestimmung zu ihrer Anwendbarkeit eine **Konkursforderung** voraussetzt. Wenn diese Hebungen nicht Ausflüsse eines schon vor der Konkurseröffnung bestandenen Rechtes sind, sondern wenn das Recht auf dieselben erst jedesmal im Fälligkeitstermine neu entsteht, so kann die Forderung überhaupt im Konkurse nicht liquidirt werden, wie oben zu §. 2 (vgl. S. 106 ff.) bereits erörtert wurde.

b. (**werden unter Abrechnung der Zwischenzinsen** (§. 58) **durch Zusammenzählung der einzelnen Hebungen kapitalisirt**).

Die Anmeldung und Berechnung eines wiederkehrenden Anspruches von bestimmter Zeitdauer geschieht durch Diskontirung der einzelnen bestimmten

---

2) Also z. B. bei allen an Lebensdauer geknüpften Renten.

3) Das ist eben auch 4%.

4) Die Gründe erörtern sehr interessant die Motive zum I. E. Bd. I S. 378 ff., wo der in den Motiven zum II. E. S. 290 ff. weggelassene Schlußsatz lautet: „Keine unbestimmten Größen! In freier und desto präziserer Weise müssen die Antheilsrechte der Gläubiger von ihrer ersten Geltendmachung an und in jedem Momente des Verfahrens begrenzt nach dem Inhalte der Konkursforderung und diese voll erschöpfend mathematisch bestimmt sein."

(oder durch vorherige Abschätzung ermittelten) Hebungen. In den in der vorigen Erläuterung aufgeführten Beispielen also hat Ameier zu liquidiren die am ersten 24. September fälligen 1000 Mark, die am zweiten 24. September fälligen 1000 Mark abzüglich der Zwischenzinsen für ein Jahr[5]) und die am dritten 24. September fälligen 1000 Mark abzüglich der Zwischenzinsen für zwei Jahre; der Vormund des zur Zeit der Konkurseröffnung über Cuno Luftig im Beginne des 8. Lebensjahres stehenden Adam Joli hat die bis zum vollendeten 14. Lebensjahre noch ausständigen 7 Raten von 365 Mark, abzüglich der Zwischenzinsen von 6, 5, 4, 3, 2 und 1 Jahr zu liquidiren u. s. w. Es ist dies im Grunde nur eine Anwendung des §. 58 auf die fragliche Art von betagten unverzinslichen Forderungen.

c. (Der Gesammtbetrag darf den zum gesetzlichen Zinssatze kapitalisirten Betrag derselben nicht übersteigen).

I. Die Motive begründen diese Beschränkung damit, daß auf bestimmte Zeit limitirte wiederkehrende Hebungen keinenfalls Mehr werth sein können, als ein Kapital, dessen Zinsen die Hebungen auf unbegränzte Zeit gestatten würden. Gesetzt z. B., der wiederkehrende Bezug ist 100 Mark jährlich; zum gesetzlichen Zinsfuße[6]) von 5% gibt ein Kapital von 2000 Mark jährlich diesen Bezug, folglich darf für die Forderung auf einen Jahresbezug von 100 Mark, der auf eine bestimmte Anzahl von Jahren festgesetzt ist, mag diese Anzahl auch noch so groß sein, doch nie mehr als 2000 Mark im Konkurse liquidirt werden. Allein natürlich muß man auf die Zwischenzinsen bei Anwendung dieser Bestimmung gleichfalls Bedacht nehmen; wenn also der Bezug 21 Jahre hindurch dauern soll, kann man nicht in Anwendung des Schlußsatzes von §. 63 sofort 20 Jahresbezüge = 2000 Mark liquidiren und das 21. Jahr fallen lassen, sondern man muß nach der Regel des §. 58 diskontiren. Nach dieser aber ergeben die einzelnen Beträge für 21 Jahre[7]) nur circa 1400 Mark und erst wenn bei einem gesetzlichen Zinsfuße zu 5% die Hebung 30 Jahre oder darüber dauert, kommt die Beschränkung des §. 63 zur Anwendung, weil erst dann die diskontirten

5) Ueber diesen Zinsenabzug vgl. die Erl zu §. 58.

6) Welcher Zinsfuß der gesetzliche sei, darüber entscheidet zur Zeit das Landesrecht; nach Pr LR. Th. I Tit. 11 §. 481 und nach Bayerischem Rechte (LR. Th. II Kap. 3 §. 21 N. 5 und Ges. v. 1867) ist derselbe 5%, in bekanntlich nach Handelssachen Art. 287 des A. D. HGB. 6%. Vgl. oben Note 26 zu §. 58.

7) Vgl. oben die Tabelle auf S. 665.

Beträge eine Summe ergeben[8]), die höher ist als der Kapitalbetrag, dessen fünfprozentige Zinsen der Hebung selbst gleichkommen.

II. Die Schlußbestimmung des §. 63 hat nicht die Bedeutung, daß sich die Forderung des Berechtigten auf die darin bezeichnete Gränze effektiv reduzirt, sondern nur diejenige, daß derselbe im Konkurse nicht Mehr beanspruchen kann. „Die Ablösung und Kapitalisirung geschieht, um die Theilnahmeverhältnisse der einzelnen Konkursgläubiger an der Konkursmasse unter sich zu bestimmen; sie wirkt daher zunächst nur für und gegen sie. Dem Gemeinschuldner gegenüber bleibt das ursprüngliche Verhältniß bestehen; er mag sich nach Aufhebung des Verfahrens mit dem Gläubiger ausgleichen, soweit er sich nicht an die im Verfahren erfolgte Feststellung in Gemäßheit der §§. 129 Abs. 2, 152, 179 und 192 selbst gebunden hat" (Motive).

---

8) Dieselbe bildet, wie oben erwähnt (vgl. Note 23 zu §. 58) für je 100 Mark bei einem gesetzlichen Zinsfuße von 5% jährlich die Reihe:

$$\frac{2000}{21} + \frac{2000}{22} + \frac{2000}{23} + \ldots\ldots \frac{2000}{20 + n}$$

Sonach muß, damit die Summe der Quotienten dem Zähler gleichkommt, die Reihe bis zum 30. Gliede fortgesetzt werden nach der Formel:

$S = \frac{(a + z)\,n}{2}$, worin erst wenn $a = \frac{2000}{21}$ $z = \frac{2000}{50}$ u. $n = 30$ gesetzt werden, S höher als 2000 sich berechnet).

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

99
112
113 !!